

CUADERNO DE FAMILIA

BOLETÍN JURÍDICO DE INFANCIA, FAMILIA Y CAPACIDAD DE LA ASOCIACIÓN JUDICIAL FRANCISCO DE VITORIA
Nº 4 noviembre 2023



AJFV
ASOCIACIÓN
JUDICIAL
FRANCISCO DE
VITORIA

SUMARIO:

LUCES Y SOMBRAS DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER.

Alicia Eguren Prieto

COMENTARIO STS 1210-2023 DE 21 DE JULIO

Leticia Latorre Luna

LA PSICOLOGÍA FORENSE EN LOS PROCEDIMIENTOS DE PROVISIÓN DE APOYOS PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Varios Autores

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA FAMILIA SEGUNDO CUATRIMESTRE DE 2023

Susana Jiménez Bautista & Jose Antonio Baena Sierra

noviembre 2023

Cuaderno de familia

Boletín Jurídico de Infancia, Familia y Capacidad de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria
ajfv@ajfv.es

Comité Editorial:

Alfonso Carlos Aliaga Casanova, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Orihuela.

Estrella María González Maroño, Magistrada del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Gijón.

Susana Jiménez Bautista, Magistrada, Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.

José Antonio Baena Morales, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Torremolinos (Málaga)

Adalberto de la Cruz Correa, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Arrecife Las Palmas

Edita: Asociación Judicial Francisco de Vitoria.
C/ Alberto Bosch nº 5, Bajo A, Madrid.

Diseño: Raspabook

ISSN: 2605-2687

Exención de responsabilidad:

Las opiniones, comentarios y hechos consignados en cada artículo efectuados por los autores son de su exclusiva responsabilidad y no han de ser necesariamente compartidos por los miembros del Comité Editorial y, por tanto, no se asume responsabilidad de los mismos por parte de éstos y de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria. El Comité Editorial y la Asociación Judicial Francisco de Vitoria no se hacen responsables, en ningún caso, de la credibilidad y autenticidad de los trabajos

Sumario

03

LUCES Y SOMBRAS DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

por Alicia Eguren Prieto

11

COMENTARIO STS 1210-2023 DE 21 DE JULIO

por Leticia Latorre Luna

17

LA PSICOLOGÍA FORENSE EN LOS PROCEDIMIENTOS DE PROVISIÓN DE APOYOS PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Por José Manuel Muñoz Vicente, Amaya Nagore Casas, Pilar de Luis Cabarga, Laura González Guerrero, Susana Esteban Aranda

31

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE FAMILIA

Por Susana Jiménez Bautista & Jose Antonio Baena Sierra

LUCES Y SOMBRAS DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

LIGHTS AND SHADOWS OF THE COURTS OF VIOLENCE AGAINST WOMEN

Alicia Eguren Prieto

Magistrada del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Arganda del Rey

Fecha de remisión: 15/11/2023

Fecha aceptación: 15/11/2023

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN

II.- LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL

III.- MENORES: CONSIDERACIÓN DE VÍCTIMAS

IV.- JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER. FORMACIÓN ESPECIALIZADA Y CENTROS DE ACOGIDA

V.- FUNCIONAMIENTO DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

VI.- CONCLUSIONES.

RESUMEN: La autora analiza en este artículo la legislación nacional

e internacional en materia de violencia sobre la mujer, y la concreta aplicación de la misma, haciendo referencia a incidencias concretas en el funcionamiento de los juzgados de violencia sobre la mujer, en especial con los menores.

ABSTRACT: *In this article, the author analyzes the national and international legislation on violence against women, and its specific application, making reference to specific incidents in the operation of violence against women courts, especially with the minors.*

PALABRAS CLAVE: Centros acogida; formación; equipo psicosocial; menores.

KEY WORDS: Shelter centers; training; psychosocial team; minors.

I.- INTRODUCCIÓN

Hace poco, con ocasión de los recientes (y trágicos) sucesos internacionales, encontré un interesante artículo de Amnistía Internacional, en relación con la violencia sobre la mujer. En el mismo se recogía lo siguiente: “Amnistía Internacional ha recordado y sigue recordando a las autoridades españolas que legislar por sí sólo no basta. Ninguna ley o normativa será suficiente si no va acompañada de un verdadero compromiso de las autoridades para ponerla en práctica. Para ello, el Gobierno español debe comprometerse a: hacer una evaluación de todas las medidas establecidas en la Ley Integral de Violencia contra las Mujeres, especialmente en relación al funcionamiento de los juzgados especializados de violencia de género; asegurar que en dicha evaluación hay una participación activa de las víctimas supervivientes y sus familiares para conocer los obstáculos a los que se enfrentan y adoptar medidas adecuadas para atender sus necesidades (...)”.

II.- LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL

Coincido en la necesidad de que el poder ejecutivo garantice, con todos los medios a su alcance, la aplicación efectiva de la ley, para lo que es necesario fortalecer los recursos destinados a la prevención, atención y sanción de la violencia de género. Esencialmente, la legislación nacional en materia de violencia sobre la mujer es actualmente la siguiente: Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra

la Violencia de Género; Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Asimismo, respecto a la protección de los menores, resulta de aplicación la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LO 8/2021 de 4 de junio), así como la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Muy importante, a nivel internacional, es mencionar el Convenio de Estambul, consistente en un tratado internacional del Consejo de Europa sobre la prevención y la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Fue adoptado el 11 de mayo de 2011, y entró en vigor el 1 de agosto de 2014. El Convenio de Estambul es el primer tratado internacional que define la violencia contra las mujeres como una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres. También es el primer tratado internacional que aborda todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, la violencia sexual, la mutilación genital femenina y el matrimonio forzado. El Convenio de Estambul exige a los Estados Partes que adopten una serie de medidas para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres. Estas medidas incluyen: La criminalización de todas las formas de violencia contra las mujeres; La creación de servicios de apoyo a las víctimas de violencia contra

las mujeres; La sensibilización pública sobre la violencia contra las mujeres. El Convenio de Estambul ha sido ratificado por 38 Estados, incluidos 27 Estados miembros de la Unión Europea. España ratificó el Convenio de Estambul el 26 de abril de 2014.

III.- MENORES: CONSIDERACIÓN DE VÍCTIMAS

Al hilo de lo anterior, cabe destacar que Save the Children, como organización que trabaja en la defensa y promoción de los derechos del niño, desarrolló en el año 2005 la investigación “Atención a niños y niñas víctimas de la violencia de género: análisis de la atención en el sistema de protección a la mujer de los hijos e hijas de las mujeres víctimas de violencia de género”, que pretendía analizar la atención que se estaba dando a los hijos de las mujeres víctimas de la violencia de género en el sistema de protección a la mujer. Los resultados de la investigación indicaban que los profesionales del ámbito social, policial y judicial entendían que los niños y niñas son víctimas de la violencia de género, esto es, son víctimas de maltrato psicológico, no sólo por recibir agresiones físicas también o por ser testigos directos de la violencia, sino por vivir en un entorno donde se da esta violencia. Sin embargo, la investigación también denunciaba que el sistema de protección a la mujer no había contemplado las medidas específicas suficientes y necesarias para atender las necesidades diferenciales de estas víctimas ni cauces de participación de los niños en la toma de decisiones que les afectan directamente.

Save the Children presentó un nuevo trabajo de investigación realizado durante el año 2010 como parte de un proyecto internacional en el marco del programa Daphne III de la Comisión Europea. El proyecto “*Children witnesses of gender violence in the domestic context. Analyses of the fulfilment of their specific needs through the protection system*”, fue un proyecto común de cuatro socios desarrollado en tres países europeos, siendo Save the Children España el coordinador del mismo. La principal conclusión fue la siguiente: “a pesar de la mayor sensibilidad social y política respecto a las necesidades específicas de los niños y niñas víctimas de la violencia de género, aún queda mucho por hacer. En España no se está dando un enfoque de derechos de la infancia a estas situaciones, lo que se traduce en una respuesta desigual a las mismas, donde no siempre se tiene en cuenta el interés superior del niño”.

Así, llegamos a la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LO 8/2021 de 4 de junio), la cual establece una serie de medidas de prevención, detección, asistencia y protección a las víctimas de violencia contra la infancia y la adolescencia. Pese a lo anterior, desde la organización Save the Children se sigue considerando que la aplicación de la ley es insuficiente: “Aunque desde la aprobación de la Ley Integral Contra la Violencia de Género se ha incrementado la asistencia social a los niños y niñas hijos de mujeres víctimas, es necesario reforzar y ampliar los recursos específicos para atenderlos, especialmente en el ámbito judicial.

Garantizando además la coordinación entre los diferentes ámbitos policial, sanitario, educativo, social, etc., frente a situaciones habituales como la de que, cuando una mujer acude a un juzgado a denunciar un caso de violencia de género con sus hijos, nadie atiende a los niños".

IV.- JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER. FORMACIÓN ESPECIALIZADA Y CENTROS DE ACOGIDA

En España, estos juzgados fueron creados por la mencionada Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, y actualmente hay 108 Juzgados de Violencia sobre la Mujer, 32 Juzgados de lo Penal especializados y otros 350 juzgados con competencias en la materia.

La creación de dichos juzgados supuso un gran avance en la lucha contra la violencia sobre la mujer, y podríamos señalar, como algunas de las ventajas de los juzgados de violencia sobre la mujer, la especialización de los jueces en materia de violencia de género, la existencia de protocolos de actuación específicos para la atención a las víctimas de violencia de género, y la coordinación con los servicios sociales y las fuerzas de seguridad del Estado.

Encuanto a la mencionada especialización de los jueces, si bien los ataques políticos a la falta de formación de los mismos en materia de violencia sobre la mujer son una práctica cada vez más común, máxime cuando nos encontramos ante algún caso mediático, momento en que, lamentablemente, ya es habitual el

escarnio público, lo cierto es que no es poca la formación de los jueces en este ámbito. Además del largo proceso de selección para el ingreso en la carrera judicial, en el caso de acceder a un juzgado de violencia sobre la mujer exclusivo, se recibe un curso teórico y práctico especializado en la materia. Este curso tiene una duración de 50 horas y está impartido por profesionales expertos en violencia de género, como psicólogos, trabajadores sociales y abogados, amén de toda la formación a nuestro alcance en relación a las modificaciones legislativas y jurisprudenciales.

De este curso, me gustaría destacar la visita a un centro de acogida. Los centros de acogida para mujeres víctimas de violencia de género son recursos residenciales que ofrecen alojamiento, atención integral y apoyo a las mujeres que han sufrido violencia de género. Estos centros tienen como objetivo proporcionar a las mujeres un lugar seguro donde vivir, así como un espacio de apoyo y acompañamiento para que puedan recuperarse de la violencia y reconstruir sus vidas.

Los centros de acogida suelen ofrecer los siguientes servicios: Alojamiento: Las mujeres pueden vivir en la casa de acogida de forma temporal, como máximo doce meses; Atención integral: Las mujeres reciben atención psicológica, social y jurídica para ayudarles a recuperarse de la violencia y a reconstruir sus vidas; Apoyo: Las mujeres cuentan con el apoyo de un equipo de profesionales, que les ayudan a superar la violencia y a tomar las decisiones necesarias para su futuro.

Los centros de acogida son un recurso fundamental para las mujeres víctimas de violencia de género. En España, existen más de 100 centros de acogida para mujeres víctimas de violencia de género. Estos centros están gestionados por diferentes entidades, como el Ministerio de Igualdad, las comunidades autónomas, las entidades locales y las organizaciones sociales. A modo de ejemplo, el acceso a un centro de acogida en la Comunidad de Madrid se realiza a través de la solicitud de los profesionales de los Centros de Emergencia (a los que se llega a su vez a través de las FCSE, profesionales de los Servicios Sociales y de los P.M.O.R.V.G.) y valoración de la Dirección General de la Mujer. Además, los centros de acogida son un recurso gratuito para las mujeres víctimas de violencia de género.

De la visita a una de estos centros, destacaría dos puntos importantes. El primero, las profesionales encargadas de atender diariamente a las mujeres y menores que residen en estas casas, quienes me parecieron muy competentes, empáticas y conscientes de la importancia del servicio público que prestan. El segundo, la necesidad de actualizar y ampliar dichas viviendas. Las personas que me atendieron, tuvieron la amabilidad de enseñarme una de las habitaciones, en la que residía una mujer junto con sus tres hijos menores. Si bien el espacio se había adaptado con todo el “cariño” posible, era más que evidente la precariedad de espacio destinado para dicha familia. Las profesionales de dicha vivienda me relataron su lucha para conseguir mayores medios, profesionales, asistenciales y habitacionales.

V.- FUNCIONAMIENTO DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER.

Tal y como manifiesta Amnistía Internacional, no es suficiente legislar, sino que es necesario dotar a la administración de justicia de los medios suficientes para llevar a cabo la tarea, nunca sencilla, de proteger a las víctimas, tanto a las mujeres como a los menores.

Y así, en el marco de la legislación nacional e internacional, cabe hacer una serie de consideraciones sobre las incidencias importantes que pueden registrarse en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

En primer lugar, a nivel estructural, como no podía ser de otra manera, es necesario recordar la precariedad de los edificios judiciales, sobre todo en periferia. Aplicado a los juzgados de violencia sobre la mujer, me encantaría poder decir que la mayoría (o todos) los juzgados contamos con salas de espera para las víctimas y los menores adaptadas a las especiales circunstancias. Las salas de los juzgados de violencia sobre la mujer deberían estar diseñadas para garantizar la seguridad y la comodidad de las víctimas. Salas espaciales y bien iluminadas, con asientos cómodos y una decoración neutra, así como juguetes, libros o cualquier objeto de entretenimiento para los niños más pequeños puesto que, desgraciadamente, en muchas ocasiones las mujeres tienen que traerlos consigo al juzgado.

La realidad es que los juzgados de violencia sobre la mujer se han ido creando con “calzador” en edificios

judiciales en los que ya no cabía un alfiler, por lo que muchas de estas salas se han creado gracias a la imaginación y buen hacer de las oficinas, Lajs y jueces encargados del juzgado en cuestión. Así, nos encontramos con salas repletas de expedientes, salas separadas del lugar donde declara la víctima y el investigado con una pared de pladur, tan pequeñas que no caben más que una o dos víctimas con sus hijos, sin espacio para una entrevista reservada con sus abogados y mucho menos para el esparcimiento de los menores, y donde, desgraciadamente, en muchos casos van a pasar toda la mañana, y, -excepcionalmente-, parte de la tarde. Eso sin tener en cuenta que en muchas ocasiones las víctimas comparten abogado, por lo que, tras conocerse ese mismo día, muchas veces las entrevistas han de realizarse con premura y, como ya se ha dicho, en un espacio, cuanto menos, poco íntimo.

Tengo que decir que, ante tal panorama y lo delicado de la materia, cuando me encuentro trabajando en mi despacho o en la sala de declaraciones, me perturba profundamente escuchar a un niño/a hablar, gritar, llorar...y no porque yo sea precisamente una “hater” de la infancia, sino porque creo que se están incumpliendo muchas de las normas de protección de la víctima y los menores, facilitando la revictimización y la sensación de incomodidad e incluso de culpa de las víctimas por obligar a sus hijos a permanecer en ese hostil lugar llamado juzgado. La comodidad y sensación de seguridad de las víctimas podría parecer una cuestión baladí, sin embargo, ante el alarmante número de

víctimas que, -decididas a denunciar y habiendo presentado la denuncia ante la policía-, deciden no declarar ante la autoridad judicial, convendría detenerse un momento a pensar en la necesidad de que el proceso ante el juzgado fuera lo menos traumático posible.

En segundo lugar, en cuanto a las medidas civiles del artículo 544 ter, apartado séptimo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, referidas a las que ha de incluirse en la orden de protección en el caso de que existan hijos menores, las mismas son una herramienta importante para proteger a las víctimas de violencia de género y sus hijos. Estas medidas pueden ayudar a garantizar la seguridad y el bienestar de las víctimas, así como a facilitar su recuperación. Sin embargo, estas medidas han de ser adoptadas ante la urgencia de la solicitud de la orden, cuya audiencia ha de celebrarse en el plazo máximo de 72 horas desde que la misma se solicita. Ello supone que, para tomar decisiones fundamentales tales como el régimen de visitas paterno filial o la pensión de alimentos, se cuente con exiguo espacio de tiempo e información sobre la unidad familiar. Como sabemos, en el año 2022, se modificó el artículo 94 del Código Civil para reforzar la protección de los hijos menores de edad en caso de que uno de sus progenitores esté incurso en un proceso penal, o la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Recientemente, en la Sentencia 94/2023, de 12 de septiembre de 2023, el Pleno del Tribunal Constitucional ha

decidido desestimar por unanimidad el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados contra la regulación dada a los arts. 94.4 y 156-2 del Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio, disponiendo lo siguiente:

“El precepto impugnado faculta a la autoridad judicial para que pondere entre otras las consecuencias irremediables que el trascurso del tiempo de duración de la instrucción puede tener para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él, así como el carácter provisional de la condición de investigado en un proceso penal, pero también el deber de adoptar medidas eficientes y razonables para proteger a los niños de actos de violencia o de atentados contra su integridad personal”.

Si bien queda clara la línea jurisprudencial, en la práctica no es ni mucho menos sencillo decidir, con los datos a nuestro alcance, sobre la relación paterno filial que se mantendrá vigente un mínimo de 30 días tras el dictado de la orden de protección, y que se prolongará hasta la celebración del correspondiente procedimiento civil en el caso de que se interponga la correspondiente demanda. Sobre este punto, en muchas ocasiones me he preguntado si no deberían intervenir, en todos y cada uno de los casos, Servicios Sociales, de tal forma que, únicamente tras la recepción urgente de un informe de dicha institución, se pueda llevar a cabo el dictado de las medidas del artículo 544 ter apartado séptimo, puesto que, aunque asociemos dichas medidas a las contenidas en el

artículo 771 de la LEC, lo cierto es que la premura de su adopción hace que en muchas ocasiones tengamos que decidir casi a ciegas sobre un aspecto de la vida familiar que puede influir enormemente en la vida de los menores.

Al hilo de lo anterior, cabe destacar la importante función del Equipo Psicosocial adscrito a los juzgados, no solamente para la realización de los informes periciales sobre la situación de las víctimas, los efectos de la violencia y las necesidades de protección, sino también para la realización de los informes sobre la unidad familiar para la resolución de procedimientos civiles en relación a la guarda y custodia de los menores. Pues bien, estos informes, sobre todo en los juzgados de periferia y juzgados mixtos, dada la escasa dotación de medios, pueden llegar a tardar hasta un año en realizarse. En cualquier tipo de procedimiento de familia, dicho retraso es altamente perjudicial para los menores, que se ven en muchos casos involucrados en la ruptura sentimental de sus progenitores, pero cuando además existe entre las partes un procedimiento penal abierto por violencia sobre la mujer, el perjuicio es exponencial.

Otra circunstancia importante a tener en cuenta, ya en el marco de las actividades de instrucción, es el llamado “volcado y cotejo”. En multitud de ocasiones el mismo no se puede realizar, o bien porque la víctima ha borrado los mensajes, ha perdido el teléfono, o porque el investigado ha sido quien lo ha borrado, motivo por el que es preciso realizar un volcado a través de la policía

judicial, lo cual retrasa enormemente la instrucción, puesto que esta diligencia puede demorarse un mínimo de seis meses, debiendo añadir el plazo en el que, en algunas comunidades, tras el dictado del auto es necesario esperar que la delegación correspondiente envíe un disco duro para que este sea entregado a la policía con el objeto de recopilar los datos extraídos. Huelga decir que en los delitos tales como amenazas o coacciones en el ámbito de la violencia sobre la mujer, dicha diligencia es urgente y necesaria, en muchas ocasiones, para esclarecer los hechos objeto de denuncia, puesto que no existe otro medio de prueba del delito denunciado, por lo que el plazo de espera no hace más que perpetuar la inseguridad y desprotección de la presunta víctima.

Muy importante es hacer referencia al sistema informático del poder judicial. Se da la circunstancia de que, en caso de encontrarnos ante un juicio rápido por quebrantamiento de una medida cautelar/condena relacionado con la violencia sobre la mujer, para obtener el testimonio de la orden, notificación y requerimiento de la misma al investigado, es necesario exhortar al juzgado que dictó la medida quebrantada, o el órgano enjuiciador que dictó la condena, lo cual alarga innecesariamente los juicios rápidos y, en caso de tratarse de un juzgado de instrucción en funciones de guardia, se trata de una diligencia imposible, toda vez que el fin de semana no pueden obtenerse tales exhortos.

VI.- CONCLUSIONES

Pues bien, todo lo anterior son graves obstáculos para la persecución de la lacra que constituye la violencia sobre la mujer, así como la protección de las víctimas, menores, y, en definitiva, el cumplimiento del derecho de todo justiciable a un proceso con todas las garantías. Recientemente, he visto una serie/documental llamada “Jury Duty” (alerta spoiler), en la que varios actores fingen ser miembros de un jurado en Estados Unidos. El juez también es un actor, como descubre el protagonista al final de la trama, y uno de los “testigos”, al referirse a él, dice “todo era muy real, había un juez que estaba permanentemente enfadado, sin motivo aparente”. No sé si al otro lado del Atlántico los jueces tienen motivos o no para estar enfadados, pero sí sé que aquí necesitamos mucha más colaboración del poder ejecutivo y menos injerencias en el poder judicial, puesto que, con la ausencia del primero y la concurrencia del segundo, lo que tenemos es una sociedad que se siente desprotegida y maltratada por quien precisamente debería velar por sus intereses, y ello es más que perceptible en la actitud de hastío del ciudadano cuando tiene que cumplir algún hito del procedimiento penal en el que se encuentra incurso.

Y dicho esto, recomiendo encarecidamente la serie antedicha, es un fantástico entretenimiento tras un día duro en el juzgado.

LA FIJACIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS RESPECTO DE LOS PROGENITORES EN SITUACIÓN DE REBELDÍA PROCESAL Y DE LOS QUE NO EXISTE CONSTANCIA ACTUAL DE SUS INGRESOS EN VIRTUD DE LA STS 1210/2023, DE 21 DE JULIO

THE FIXING OF MAINTENANCE IN RESPECT OF PARENTS IN DEFAULT OF APPEARANCE IN COURT AND FOR WHOM THERE IS NO CURRENT RECORD OF THEIR INCOME UNDER STS 1210/2023 OF 21 JULY

Leticia Latorre Luna

Abogada socia – directora de Latorre Luna Abogados
Doctora en Derecho por la Universidad de Murcia

Fecha de remisión: 13/11/2023

Fecha aceptación: 15/11/2023

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. ANTECEDENTES FÁCTICOS DE LA SENTENCIA

III. EL INTERÉS DEL MENOR Y LA OBLIGACIÓN DE ABONAR ALIMENTOS: MÍNIMO VITAL Y CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA SUSPENSIÓN DE LA PENSIÓN

IV. LA POSIBILIDAD DE FIJAR LA PENSIÓN EN SITUACIONES DE REBELDÍA A PESAR DE NO EXISTIR CONSTANCIA DE LOS INGRESOS ACTUALES DEL PROGENITOR DEUDOR AUSENTE

V. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL PRECEDENTE

VI. LA FIJACIÓN DEL IMPORTE DE LA PENSIÓN

VII. CONCLUSIÓN

RESUMEN:

En el presente artículo se analiza la sentencia del Tribunal Supremo n.º 1210/2023 de 21 de julio sobre la obligación de abonar la pensión de alimentos respecto de aquellos progenitores declarados en situación de rebeldía procesal, enfatizándose el carácter excepcional de la suspensión del pago de la pensión de alimentos, incidiendo en la denominada “doctrina del mínimo vital” y estableciendo un mínimo para aquellos supuestos en los que no existe constancia actual de los ingresos del progenitor deudor ausente o de una posible situación de indigencia que le impida satisfacer sus necesidades y colaborar con las propias de su hijo.

ABSTRACT:

This article analyses Supreme Court Judgment no. 1210/2023 of 21 July on the obligation to pay maintenance in respect of parents declared in default of appearance in court. 1210/2023 of 21 July on the obligation to pay child support in respect of parents declared in a situation of procedural default, emphasising the exceptional nature of the suspension of the payment of child support, emphasising the so-called “doctrine of the vital minimum” and establishing a minimum for those cases in which there is no current proof of the income of the absent debtor parent or of a possible situation of indigence that prevents him/her from meeting his/her needs and collaborating with those of his/her child.

PALABRAS CLAVE:

Pensión de alimentos; progenitores rebeldes; mínimo vital; interés del menor; fijación de la pensión.

KEY WORDS:

maintenance; defaulting parents; vital minimum; interests of the child; fixing of maintenance.

I.- INTRODUCCIÓN

La pensión de alimentos es una obligación legal que pesa sobre los padres en interés de los hijos, en este sentido, nuestro ordenamiento jurídico obliga al progenitor no custodio a abonar

una pensión alimenticia a favor de los hijos, debiendo ser adoptadas, bien en convenio regulador, bien a través de sentencia, las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento¹. Sin embargo, el cumplimiento de dicha obligación por parte del progenitor no custodio se puede ver impedido ante una situación de incertidumbre generada por su compartimiento al resultar ilocalizable durante el procedimiento judicial, no teniéndose así constancia actual de sus concretos ingresos o de la posibilidad de que se encuentre en una situación de indigencia, lo que conllevaría la imposibilidad de fijar el importe de la pensión. Tal impedimento supondría una infracción de la normativa jurídica en relación con la obligación de cubrir los alimentos, así como de las obligaciones de otorgar medidas protectoras solicitadas por la parte demandada o el Ministerio Fiscal sobre los alimentos y manutención y, de la normativa jurídica de protección al menor como del artículo 39 de la Constitución. Pues bien, ante tal supuesto de hecho se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo en la sentencia núm. 1210/2023 de 21 de julio ([ECLI:ES:TS:2023:3521](https://www.boe.es/boe-datos/boe/BOE-A-2023-3521.html)) donde obliga al progenitor en situación de rebeldía procesal a satisfacer los alimentos fijando el importe de la pensión a pesar de desconocerse el quantum de sus ingresos.

¹ MARTÍN LÓPEZ, M.^a T. “Problemática en torno a la pensión alimenticia”, En Revista de Derecho de Familia, núm. 61/2013, Editorial Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 1-3.

II.- ANTECEDENTES FÁCTICOS DE LA SENTENCIA

En síntesis, a continuación se detallan los antecedentes relevantes de la sentencia objeto de análisis:

En primer lugar, nos encontramos ante una demanda de fijación de medidas paternofiliales interesada por la madre del hijo menor de los progenitores, encontrándose el demandado y padre del menor ilocalizable durante el procedimiento judicial, tras haber sido emplazado por medio de edictos.

En consecuencia, debido a que el demandado se encuentra en situación procesal de rebeldía, el Juzgado de Primera Instancia n.º 75 de Madrid, dictó sentencia de fecha 19 de mayo de 2021 donde acuerda: “1º.- Otorgar a la madre, Sra. Candida, la guarda y custodia del hijo menor de edad, Dimas, así como el exclusivo ejercicio de la patria potestad, siendo la titularidad compartida. 2º.- No proceder fijar régimen de visitas a favor del progenitor no custodio. 3º.- No proceder fijar pensión de alimentos a cargo del progenitor no custodio”.

Posteriormente, la demandante interpuso recurso de apelación frente a la referencia sentencia, siendo el mismo desestimado por la sección 24.^a bis de la Audiencia Provincial de Madrid, procediendo dicho órgano judicial a confirmar la resolución de primera instancia al estimar que dado que se desconoce la situación económica del demandado y sus ingresos actuales no se puede llevar a efecto un juicio de proporcionalidad, imponiendo las costas

a la parte apelante.

Finalmente, la parte demandante interpuso recursos extraordinarios por infracción procesal y casación contra la sentencia de segunda instancia, estando conforme el Ministerio Fiscal con lo alegado en lo referente al recurso de casación. A pesar de que el Tribunal Supremo desestima el recurso extraordinario por infracción procesal al considerar que la sentencia no es incongruente dado que resuelve sobre la petición de fijación de alimentos postulada, quedando por consiguiente satisfecho el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sin embargo, el Alto Tribunal estima el recurso de casación al considerar que dicha petición no es ajustada a derecho, al infringir los preceptos legales sobre la filiación no matrimonial y la obligación de cubrir alimentos², las obligaciones de otorgar medidas protectoras solicitadas o por la parte o por el Ministerio Fiscal³, en especial el tema de alimentos y manutención, así como vulnerar la normativa estatal y comunitaria en lo referente a la protección al menor⁴ e infracción del artículo 39 de la Constitución Española.

2 Infracción de los artículos 108 y 110 del Código Civil sobre la filiación no matrimonial y la obligación de cubrir los alimentos, y de los arts. 142, 146 y 147 del Código Civil, en relación con los arts. 9 D) y 93 del mismo cuerpo legal de forma analógica y los arts. 102 y 103 del Código Civil.

3 Infracción por incumplimiento de lo establecido en el art. 158 n.º 1 del Código Civil.

4 Ley de protección del menor de 1996 y la Convención de derechos de la Infancia de 20 de noviembre de 1989 y con eficacia jurídica a partir del 2 de septiembre de 1990, ambos suscritos por España.

III.- EL INTERÉS DEL MENOR Y LA OBLIGACIÓN DE ABONAR ALIMENTOS: MÍNIMO VITAL Y CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA SUSPENSIÓN DE LA PENSIÓN

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación incidiendo como primer motivo en la especial protección de los alimentos de los hijos menores de edad en los procedimientos de familia. Por ende, nos encontramos ante una obligación legal que pesa sobre los padres y con mayor exigencia de cumplimiento ante los hijos menores de edad, haciendo hincapié en la mayor flexibilidad en la fijación del importe de la pensión basándose en dos parámetros fundamentales: a) las circunstancias económicas de los progenitores y, b) las necesidades de los hijos en cada momento⁵.

De igual modo, el Tribunal Supremo en la sentencia conmemora la doctrina del mínimo vital, cuya aplicación sería procedente en los casos en los que existan ciertas dificultades económicas por parte de los progenitores para satisfacer la pensión alimenticia que impone el artículo 93 del Código Civil. En suma, la doctrina del mínimo vital se basa en los siguientes criterios: (1) Fijar un mínimo destinado a cubrir los gastos imprescindibles para la atención y el cuidado del menor y; (2) En caso de que exista una mínima presunción de ingresos, se habrá de estar a la solución que se predica como normal.

Igualmente, la sentencia hace

⁵ ALFONSO RODRÍGUEZ, E. "Comentario al art. 93 del Código Civil", En Estudios y Comentarios Legislativos. Código Civil, Volumen I, Editorial Civitas, Madrid, 2016, p. 3.

referencia a aquellos casos en los que nos encontramos ante un alimentante absolutamente insolvente cabe la posibilidad de suspender la prestación de alimentos según criterio mantenido por el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, diferenciando así que la doctrina del mínimo vital sería para casos de dificultad económica por parte del progenitor obligado y, la suspensión de la obligación de prestar alimentos sería aplicable de manera restrictiva y temporal para el supuesto que el alimentante carezca de ingresos, encontrándose ante una situación de indigencia que no le permita satisfacer sus necesidades y colaborar con las propias de hijo⁶.

IV.- LA POSIBILIDAD DE FIJAR LA PENSIÓN EN SITUACIONES DE REBELDÍA A PESAR DE NO EXISTIR CONSTANCIA DE LOS INGRESOS ACTUALES DEL PROGENITOR DEUDOR AUSENTE

No en vano, en el presente caso según la sentencia objeto de análisis no sería aplicable la posibilidad de suspensión de la prestación de alimentos dado que no consta que el demandado sea insolvente o que se encuentre en una situación de absoluta indigencia⁷. Más bien, nos encontramos ante un progenitor deudor del que no se tiene constancia

⁶ COSTAL RODAL, L. "El mínimo vital a examen. ¿Debe suspenderse en caso de pobreza extrema del progenitor alimentante? Comentario a la STS de 2 de marzo de 2015", En Revista Doctrinal Civil-Mercantil, núm. 4/2015. Editorial Aranzadi, Navarra, pp. 2-5.

⁷ COSTAL RODAL, L. "Nuevo pronunciamiento jurisprudencial en materia de alimentos a menores de edad y pobreza extrema del progenitor no custodio", En Revista Doctrinal Civil-Mercantil, núm. 9/2017. Editorial Aranzadi, Navarra, pp. 1-6.

de sus ingresos actuales dado que por decisión propia se ausentó sin poder ser localizado, incumpliendo con sus obligaciones con respecto a su hijo menor. Por consiguiente, el Tribunal Supremo considera que tal situación de rebeldía que ha generado deliberadamente el demandado y padre del menor, no le exime de prestar alimentos a su hijo, en este sentido la sentencia estima que aquellos progenitores en situación de rebeldía procesal de los que se desconoce sus ingresos actuales están obligados a satisfacer alimentos a sus hijos.

V.- DOCTRINAL JURISPRUDENCIAL PRECEDENTE

La sentencia analizada cita para la estimación del recurso de casación dos sentencias precedentes de casos similares:

Por un lado, la STS 860/2023, de 1 de junio ([ECLI:ES:TS:2023:2554](#)), que refrenda la doctrina sobre la especial protección de los alimentos de los hijos menores de edad en los procedimientos de familia⁸, la doctrina del mínimo vital para el caso de dificultades económicas⁹ y la posibilidad de suspensión de la prestación de alimentos por carencia de recursos económicos para satisfacerlos por parte del progenitor deudor¹⁰, así como fijar el importe de la pensión de alimentos en los supuestos de rebeldía.

8 SSTS 749/2002, 16 de julio, 1007/2008, de 24 de octubre, 740/2014, de 16 de diciembre y 525/2017, de 27 de septiembre, entre otras, así como la STC 57/2005, de 14 de marzo.

9 SSTS 184/2016, de 18 de marzo y 484/2017, de 20 de julio.

10 STS 632/2022, de 29 de septiembre; SSTS 55/2015, de 12 de febrero; 111/2015, de 2 de marzo; 413/2015, de 10 de julio; 395/2015, de 15 de julio; 661/2015, de 2 de diciembre; 184/2016, de 18 de marzo y 484/2017, de 20 de julio.

Por otro lado, la STS 481/2015, de 22 de julio ([ECLI:ES:TS:2015:3835](#)), a los efectos de fundamentar de manera más concreta el criterio de fijar el importe de la pensión y la obligación de prestar alimentos del progenitor no custodio en los casos en los que se encuentra en rebeldía procesal y se desconocen sus ingresos actuales o no se tenga constancia de una situación de indigencia.

VI.- LA FIJACIÓN DEL IMPORTE DE LA PENSIÓN

Por último, cabría preguntarse cuál es el criterio que establece el Tribunal Supremo para fijar la cuantía de la pensión de alimentos en aquellos casos en los que se desconocen los ingresos actuales del progenitor no custodio ilocalizable. Para ello, dado que existe obligación de abonar alimentos cuyo importe no se puede concretar dado al desconocimiento de los ingresos actuales del alimentante, “se fija una pensión de alimentos, abonable por el demandado del 10% de los ingresos que se acrediten como percibidos por el padre” en el momento que sea localizado y sin perjuicio de su revisión una vez se conozcan los ingresos reales del demandado, mientras tanto se estaría generando una deuda a su cargo pendiente de determinar que se devengará desde la fecha de la demanda, al considerar el Tribunal Supremo que el comportamiento del progenitor demandado y “la situación de incertidumbre creada no puede operar a su favor”.

VII.- CONCLUSIÓN

En conclusión, la pensión de alimentos es una obligación legal de los padres en interés de los hijos y, por consiguiente, de obligado y estricto cumplimiento por parte de los progenitores no custodios. No obstante, se permite cierta flexibilidad en el importe de la pensión ante aquellos supuestos de hecho que conste acreditada la dificultad económica del alimentante donde se podrá aplicar la doctrina del mínimo vital y, de manera estricta y temporal, en los supuestos de carencia de ingresos y de precariedad cabría la posibilidad de suspender la obligación de prestar alimentos.

Sin embargo, escenario distinto es el del progenitor en situación de rebeldía procesal y del que se desconocen sus ingresos actuales o posible situación de precariedad al resultar ilocalizable durante el procedimiento judicial. En este caso, según doctrina del Tribunal Supremo el progenitor queda obligado de satisfacer alimentos a su hijo desde la fecha de la demanda, siendo fijado el importe de la pensión de alimentos en un porcentaje equivalente al 10% de sus ingresos que, a pesar de desconocerse la cuantía de estos, se concretarán en momento posterior cuando sea localizado, sin perjuicio de su revisión y liquidación una vez se conozcan los ingresos reales del progenitor deudor. Todo ello con la finalidad de proteger los intereses del menor y de tutelar sus derechos, además de acentuar la obligación constitucional de los padres de prestar asistencias a sus hijos.

LA PSICOLOGÍA FORENSE EN LOS PROCEDIMIENTOS DE PROVISIÓN DE APOYOS PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD

FORENSIC PSYCHOLOGY IN SUPPORT PROVISION PROCEDURES FOR PEOPLE WITH DISABILITIES

José Manuel Muñoz Vicente

Psicólogo Forense. Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Madrid

Amaya Nagore Casas

Psicóloga Forense. Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Segovia

Pilar de Luis Cabarga

Psicóloga Forense. Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Madrid

Laura González Guerrero.

Psicóloga Forense. Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Madrid

Susana Esteban Aranda

Psicóloga Forense. Sede Judicial de Menores de Madrid (ARRMI)

Remitido: 31/10/2023

Aceptado: 15/11/2023

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.

II. PSICOLOGÍA FORENSE Y DISCAPACIDAD.

III. EL DISEÑO DEL PROCESO DE EVALUACIÓN PERICIAL PSICOLÓGICA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE PROVISIÓN DE APOYOS PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

IV. CONCLUSIONES

RESUMEN:

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad, ha supuesto un cambio radical, transversal y complejo en el conjunto

de nuestro ordenamiento jurídico, y, por tanto, se ha convertido en un reto para la práctica judicial y pericial. En este artículo se quiere poner en valor la aportación de la Psicología Forense en las periciales multidisciplinares que recoge esta norma. La Psicología es una de las ciencias que más investigación ha desarrollado en el mundo de la discapacidad por lo que está en disposición de aportar conocimiento y métodos de evaluación que doten de solidez y rigurosidad la práctica pericial en los procedimientos de provisión de apoyos para personas con discapacidad. El trabajo recoge de forma sintética la propuesta de protocolización elaborada por la Asociación de Psicología Forense de la Administración de Justicia (APF).

ABSTRACT:

Law 8/2021, of June 2, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities, has meant a radical, transversal and complex change in our entire legal system, and, therefore, it has become a challenge for judicial and expert practice. This article aims to highlight the contribution of Forensic Psychology in the multidisciplinary expert reports included in this standard. Psychology is one of the sciences that has developed the most research in the world of disabilities, which is why it is able to provide knowledge and evaluation methods that provide solidity and rigor to expert practice in the procedures for providing support for people with disabilities. The work summarizes the protocolization proposal prepared by the Association of Forensic Psychology of the Administration of Justice (APF).

PALABRAS CLAVE:

discapacidad, psicología forense, informe pericial

KEYWORDS:

disability, forensic psychology, expert report

I.- INTRODUCCIÓN

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad (en adelante PcD), supuso una reforma radical en el trato jurídico de las PcD en España, ajustándose a la Convención de los Derechos de las PcD (Nueva

York, 2006). En este marco normativo, articulado entorno a la promoción de la autonomía de las PcD, el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de las PcD es el eje central. Así, la Ley 8/2021 sustituye los tradicionales procesos de modificación o privación de la capacidad por los dirigidos a proveer de apoyos a las PcD. Las distintas medidas de apoyo (voluntarias, informales o judiciales) tienen como función asistir a la PcD en el ejercicio de su función jurídica en los ámbitos que sea preciso (esfera personal, social, económico-jurídica-patrimonial y de salud), respetando su voluntad, deseos y preferencias, y cuando no sea posible conocerlas claramente, deben inferirse a partir de la historia personal de la PcD (Fernández-González, 2021).

Cuando es el órgano judicial el que tiene que establecer quién debe prestar apoyo a la PcD y con qué alcance, éste debe solicitar los dictámenes periciales que considere pertinentes, no pudiéndose decidir sobre las medidas que deben adoptarse sin previo dictamen pericial acordado por el tribunal (Callejo, 2021). Estos dictámenes periciales tendrán carácter multidisciplinar y deberán ser elaborados por profesionales especializados de los ámbitos sanitario y social de forma interdisciplinar (Ley 8/2021). Los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses (IMLCF) cuentan con profesionales especializados de la Medicina, la Psicología y el Trabajo Social para asesorar a jueces y tribunales en esta materia.

En el presente artículo, se presenta una síntesis de la propuesta de protocolización

de estas periciales elaborada por la Asociación de Psicología Forense de la Administración de Justicia (Muñoz et al., 2023). Con este trabajo se pretende dar a conocer a los distintos operadores jurídicos (jueces, fiscales y abogados) las aportaciones que la Psicología Forense, como ciencia sanitaria y social, puede realizar para garantizar que la PcD pueda ejercer de modo autónomo y personal sus derechos, hasta donde puedan por ellos mismos, y sólo en aquellos casos en que sea necesario se les dotará de un sistema de apoyos que respete sus derechos, deseos y preferencias y sea conforme con la voluntad individual de la PcD, ajustándose a las circunstancias y necesidades del caso concreto (perfil individualizado de apoyos -PIA-).

Las orientaciones propuestas en este trabajo son de carácter genérico, y deben adaptarse a la idiosincrasia del caso concreto. En este sentido, hay que tener en cuenta que las personas que suelen requerir de apoyos forman un grupo muy heterogéneo: personas con discapacidad intelectual y del desarrollo, personas con daño cerebral adquirido y afectación neurodegenerativa, y personas con trastorno mental grave.

II.- PSICOLOGÍA FORENSE Y DISCAPACIDAD

Tradicionalmente ha habido un protagonismo de la Medicina Forense en el asesoramiento de jueces y tribunales en el campo de la discapacidad, poniéndose el foco en el diagnóstico de las condiciones de salud de la persona y su necesidad de protección (Esbec, 2012). El cambio

radical que supone la Ley 8/2021 ha hecho que el abordaje médico-biológico pase a un segundo plano en el diseño del PIA. En este sentido, Naciones Unidas en sus principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las PcD (Naciones Unidas, 2020), sugiere que no debe ser la Medicina la única ciencia experta a tener en cuenta para delimitar la capacidad de una persona para tomar decisiones, testificar o cualquier otra cuestión de interés legal (Directriz 1.2.g). Principio 1; pág. 12).

La Psicología, como ciencia forense, se centra en el estudio de aquellos aspectos conductuales y de los procesos psicológicos y actividades mentales subyacentes, normales o patológicos, de interés legal (Muñoz y González-Guerrero, 2023). En este sentido, como señalaba Esbec (2000) la Ley está plagada de conceptos psicológicos (acto, conducta, aptitud, voluntad, comprensión, etc.) y psicopatológicos (anomalía o alteración psíquica, trastorno mental, deficiencias psíquicas, etc.).

En el campo de la Discapacidad, la Psicología es una de las ciencias que más ha aportado a su delimitación conceptual, su operativización y medición, así como a la elaboración de propuestas de intervención. Un ejemplo de ello es el Modelo de Calidad de vida y Apoyos (MOCA) para el caso de personas con discapacidad intelectual y del desarrollo. Entre los valores que incorpora el MOCA, en relación con la Ley 8/2021, está el énfasis en la autodeterminación, y el compromiso de abordar las necesidades de apoyo de las PcD, fomentando

oportunidades para mejorar su funcionamiento individual y bienestar personal (Verdugo, Schalock y Gómez-Sánchez, 2021_a).

En este sentido, la Psicología Forense, sin excluir la orientación patológica, posee metodología y conocimientos para evaluar los distintos componentes esenciales a tener en cuenta en la elaboración de un PIA, atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la PcD: el grado de conducta autodeterminada y el grado de conducta adaptativa que presenta la PcD. Ambos constructos no son estáticos sino dinámicos, es decir, evolucionan con el tiempo (mejorando o empeorando). Su evolución, por tanto, es de interés no solo para el diseño del PIA, sino también para su seguimiento, exigencia que recoge la Ley 8/2021.

III.- EL DISEÑO DEL PROCESO DE EVALUACIÓN PERICIAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE PROVISIÓN DE APOYOS PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Como la mayoría de las periciales psicológicas, las evaluaciones para los procedimientos de provisión de apoyos son complejas y laboriosas al caracterizarse por: a) ser multicomponente, es decir, son muchas las dimensiones psicológicas a evaluar, b) por desarrollarse atendiendo a una perspectiva multimétodo-multifFuente (utilizar diferente metodología psicológica de evaluación y contar con más de un informante que conozca a la PcD), lo que permite una mayor solidez de las conclusiones alcanzadas, a partir de la validez cruzada de los datos recogidos durante el proceso de evaluación, y c) por la enorme heterogeneidad que presentan las PcD.

A parte de estas cuestiones más generales, en la tabla 1 se recogen algunas cuestiones específicas de estas periciales.

Tabla 1. Cuestiones específicas de las periciales psicológicas en los procedimientos de provisión de apoyos

<ol style="list-style-type: none"> 1. La evaluación pericial psicológica debe estar centrada en la PcD y en su derecho a la autodeterminación. 2. La evaluación directa de la PcD puede verse comprometida por las limitaciones en su funcionamiento cognitivo. En los casos de especial complejidad el profesional de la psicología valorará la necesidad de contar con la ayuda de la figura del facilitador procesal. Estos casos también precisarán de una mayor atención pericial por su vulnerabilidad a verse limitado el derecho a la autodeterminación de la PcD. 3. Las PcD con menos necesidades de apoyo podrían mostrar tendencia a adoptar una actitud disimuladora, intentando enmascarar sus déficits, o mostrándose más capaces y funcionales de lo que realmente son.
--

4. En ocasiones, será de interés para la evaluación pericial psicológica la valoración de la PcD en el contexto donde desarrolla sus actividades cotidianas (domicilio, centros ocupacionales, comunidad, etc.), así como la valoración en dichos contextos de los sistemas de apoyo que están siendo empleados y la adecuación de los mismos a sus deseos, preferencias y necesidades.
5. Es importante recopilar, analizar y valorar todos los informes clínicos y dictámenes sobre el grado de discapacidad de los que se disponga sobre el caso, ya que aportarán información sobre la evolución o posible involución de las competencias cognitivas y funcionales de la PcD.

¿Qué evaluar y Cómo evaluar?

El profesional de la psicología forense, siguiendo el método de la práctica basada en la evidencia, debe seleccionar aquellas áreas del funcionamiento psicológico de la PcD relevantes al objeto de la pericial, operativizándolas en variables susceptibles de ser medidas con herramientas estandarizadas, es decir, que cuenten con adecuadas propiedades psicométricas. Por la extensión y objetivo del presente trabajo no se van a recoger las distintas herramientas estandarizadas con las que cuenta la Psicología para evaluar cada una de las áreas seleccionadas, remitiéndose al lector interesado al trabajo original (Muñoz et al., 2023).

La conducta autodeterminada

Independientemente de quién inste el procedimiento para la adopción judicial de medidas de apoyo (la propia PcD, su cónyuge o análogo, su descendiente, ascendiente o hermano o el ministerio fiscal) el grado de conducta autodeterminada o autodeterminación debe ser el eje central de estas periciales, ya que la decisión que se adopte debe recoger la voluntad, los deseos y preferencias de las PcD.

El constructo autodeterminación ha sido operativizado por la Psicología en distintas dimensiones y facetas que se recogen en la tabla 2 (Verdugo et al. 2021_b)

Tabla 2. Dimensiones del constructo autodeterminación

DIMENSIONES	FACETAS
<p><u>Acciones volitivas</u> (acciones autónomas y libremente elegidas)</p>	<p>-<u>Autonomía</u> (funcionar de manera independiente en los distintos ámbitos de la vida de acuerdo con las preferencias e intereses personales) -<u>Autoiniciación</u> (iniciar voluntaria e intencionalmente la conducta haciendo elecciones y tomando decisiones en función de las preferencias e intereses personales)</p>
<p><u>Acciones agenciales o de gestión personal</u> (actuar al servicio de las metas elegidas)</p>	<p>-<u>Autodirección</u> (realizar acciones encaminadas a conseguir metas libremente escogidas) -<u>Autorregulación</u> (adaptar la conducta dirigida a metas en función de los imprevistos que puedan surgir) -<u>Pensar en alternativas</u> (valorar distintas opciones de acción para superar obstáculos en la consecución de objetivos)</p>
<p><u>Creencias de Control-Acción</u> (creencias de la persona sobre el control que ejerce sobre sus acciones)</p>	<p>-<u>Empoderamiento</u> (creencias y actitudes sobre la propia capacidad para defender los derechos, intereses y opiniones) -<u>Autorrealización</u>: creencias entre las exigencias para alcanzar los objetivos y los medios de los que se dispone -capacidades y apoyos-) -<u>Control de expectativas</u> (creencia sobre la relación entre las acciones personales y los logros alcanzados o los cambios que se producen en el entorno)</p>

La conducta autodeterminada precisa, para poderse llevar a cabo, de la presencia de

factores personales o internos (funcionamiento psicológico, conducta adaptativa, determinadas habilidades, creencias y actitudes), ambientales o del entorno (factores culturales, familiares y educativos) y de oportunidades disponibles para la persona. Además, el contexto juega un papel esencial en la disponibilidad y accesibilidad de los apoyos, en cómo se describen y priorizan y en cómo se planifican e implementan (Schalock et al., 2021).

Los estudios demuestran que la conducta autodeterminada en las PcD se puede promover y desarrollar, activando los apoyos y las estrategias de intervención adecuadas (Vicente et al., 2018). En concreto, a través de la adquisición y oportunidades de aprendizaje de múltiples componentes estrechamente relacionados como, por ejemplo, la resolución de problemas, el establecimiento de metas, la toma de decisiones, la autoevaluación y la monitorización (Mumbardó-Adam et al., 2017).

De esta primera área de evaluación el profesional de la psicología forense puede informar del grado de autodeterminación que presenta la PcD. Si se apreciase limitaciones, se podría especificar en qué grado y en qué dimensión o aspecto, y sobre todo se tendrá que valorar la posibilidad de promover la conducta autodeterminada a través de estrategias específicas y, especialmente, brindando oportunidades personalizadas para practicar las mismas (Vicente et al., 2020). Figuras como el “asistente personal” pueden resultar de interés para potenciar la autodeterminación en PcD (Plena Inclusión, 2017).

En el caso de detectarse limitaciones para el ejercicio de la autodeterminación, el profesional de la psicología forense debería analizar los distintos factores que pueden estar influyendo en esas limitaciones: a) factores personales o internos; b) factores ambientales o del entorno, y c) oportunidades disponibles. El análisis de estos factores facilita el establecimiento del perfil de limitaciones lo que permitirá, en el caso de que sea posible, activar los apoyos y las estrategias de intervención adecuadas para promover y desarrollar las conductas autodeterminadas (i.e., intervenciones neuropsicológicas en personas con disfunción ejecutiva).

Factores personales o internos

La historia clínica de la PcD y los dictámenes de discapacidad (si existiesen), nos orientarán respecto a la etiología, clínica, curso y pronóstico del cuadro clínico de la persona evaluada, pero no se puede establecer una equivalencia genérica y automática entre un cuadro clínico y las limitaciones de autodeterminación, pues dentro de cada etiqueta diagnóstica hay una amplia heterogeneidad con un perfil diferenciado de afectación (Boada y Robles, 2009).

La intervención de los profesionales de la psicología forense aporta la evaluación de

los procesos psicológicos y actividades mentales que están en la base de la conducta autodeterminada, independientemente del diagnóstico clínico de la PcD y de su grado de discapacidad, y que abarcarán: a) procesos neurocognitivos (funciones ejecutivas¹); b) procesos de cognición social² y c) la base de personalidad³. En las tablas 3, 4, y 5 se exponen los elementos fundamentales a evaluar en cada una de estas tres áreas.

Tabla 3. Componentes esenciales y auxiliares de las funciones ejecutivas (Portellano y García-Alba, 2014).

COMPONENTES ESENCIALES DE LAS F.E.	COMPONENTES AUXILIARES DE LAS F. E.
<ul style="list-style-type: none"> -<u>Actualización</u> (facilita la realización de tareas continuas de modo solvente) -<u>Planificación</u> (permite realizar alternativamente distintas tareas que pueden ejecutarse de forma simultánea o alternante) -<u>Fluencia</u> (ayuda a reclutar otros procesos cognitivos para evocar información necesaria para la actividad mental en curso) -<u>Flexibilidad</u> (permite realizar la alternancia entre varias tareas cambiantes que se ejecutan de modo simultáneo o alternante) -<u>Inhibición</u> (mejora el control en el procesamiento mediante la gestión de distractores) -<u>Toma de decisiones</u> 	<ul style="list-style-type: none"> -<u>Atención</u> (sostenida, selectiva y alternante y dividida) -<u>Memoria</u> (memoria operativa, memoria contextual, memoria temporal y memoria prospectiva) -<u>Lenguaje</u> -<u>Control motor</u> -<u>Inteligencia fluida</u> -<u>Metacognición</u> -<u>Control emocional</u>

Tabla 4 Dominios de la cognición social (Pena-Garijo y Monfort-Escrig, 2020).

1 Las funciones ejecutivas son un sistema multimodal compuesto por una serie de procesos psicológicos encargados de la puesta en práctica y el mantenimiento de las respuestas tanto cognitivas como conductuales que le son demandadas al sujeto por parte de su entorno, permitiéndole el control de la acción y el mantenimiento de conductas dirigidas a la consecución de una tarea (Rebolledo, 2020).

2 La cognición social haría alusión a los procesos psicológicos que intervienen en el reconocimiento, uso, comprensión y manejo de los estados emocionales propios y ajenos con el fin de resolver problemas y regular el comportamiento en el contexto interpersonal (Healey et al., 2015).

3 La personalidad sería el patrón de pensamientos, emociones y conductas características de una persona, que la distingue de las demás, y que suele ser relativamente consistente en el tiempo y a través de las situaciones (Roberts y Yoon, 2022).

Mentalización (teoría de la mente)	Habilidad para inferir las intenciones y creencias de los otros
Percepción social	Habilidad para identificar roles sociales, reglas sociales y contexto social
Conocimiento Social	Conciencia o conocimiento de los roles, reglas y objetivos que caracterizan las situaciones sociales
Sesgo de atribución	Cómo las personas infieren las causas de eventos concretos positivos o negativos
Procesamiento Emocional	Cómo las personas identifican, facilitan, entienden y manejan las emociones (percepción emocional, facilitación emocional, comprensión emocional y manejo emocional)

Tabla 5. Dimensiones del funcionamiento de la personalidad (DSM-5)

SELF o YO	INTERPERSONAL
<p>-<u>Identidad</u> (experiencia de uno mismo como único, con límites claros entre el yo y los demás, la estabilidad de la autoestima y la exactitud de la autoevaluación; capacidad y habilidad de regular una amplia gama de experiencias emocionales)</p> <p>-<u>Autodirección</u> (persección de objetivos y metas coherentes y significativas a corto y largo plazo; uso de normas internas de comportamiento constructivas y prosociales; capacidad de autorreflexionar productivamente)</p>	<p>-<u>Empatía</u> (comprensión y valoración de experiencias y motivaciones de los demás, tolerancia de diferentes puntos de vista; discernir los efectos de la propia conducta en los demás)</p> <p>-<u>Intimidad</u> (la profundidad y la duración de la relación con los demás; el deseo y la capacidad de cercanía; reciprocidad de la relación reflejada en el comportamiento interpersonal)</p>

Factores ambientales o del entorno y oportunidades disponibles

Los factores contextuales pueden facilitar u obstaculizar la adquisición, expresión y desarrollo de la conducta autodeterminada. Juegan un papel esencial en la disponibilidad y accesibilidad de apoyos, así como en su diseño, planificación e implementación.

En la tabla 6 se recogen los factores contextuales que pueden obstaculizar la expresión de conductas autodeterminadas (Mumbardó-Adam et al., 2017).

Tabla 6. Factores contextuales que pueden obstaculizar la expresión de la conducta autodeterminada

Macrosistema	-Actitudes negativas o falta de conciencia social
Mesosistema	-No disponer de una red de apoyos con objetivos comunes y que trabaje de forma coordinada y colaboradora -Rigidez de los procesos organizacionales -Segregación -Empleabilidad
Microsistema	-Sobrepotección (preocupación sobre los riesgos de la vida independiente o incertidumbre sobre el nivel esperado de autodeterminación). -Falta de oportunidades para expresión de opiniones y deseos personales. -Intervenciones que no tienen en cuenta a la PcD o que equiparan la autodeterminación únicamente con la elección entre opciones. -Falta de formación o conocimiento de las estrategias y recursos disponibles y su potencial (desconocimiento de la práctica basada en la evidencia)

El análisis contextual precisa del establecimiento de una exhaustiva historia socio-familiar, análisis de la documentación obrante en el expediente judicial o que nos

puedan aportar desde el contexto de la PcD, entrevistas, visitas domiciliarias y coordinación inter-profesional. La colaboración de los profesionales del trabajo social puede ser muy recomendable y pertinente en la evaluación de esta área.

La conducta adaptativa

Teniendo en cuenta el ámbito del ejercicio de las funciones jurídicas de la PcD (esfera personal, social, económica-jurídica-patrimonial, y de salud) para el cual se está dirimiendo judicialmente la necesidad o no de apoyos, es de interés pericial la evaluación de la conducta adaptativa. La evaluación de la conducta adaptativa permite confeccionar un perfil de las fortalezas y limitaciones de la PcD y, por ende, delimitar de forma precisa el PIA (Verdugo et al., 2021_b).

En la tabla 7 se recogen las tres grandes dimensiones que conforman la conducta adaptativa (Montero et al., 2013; Verdugo et al., 2021_b)

Tabla 7. Dimensiones de la conducta adaptativa

<p>Conducta adaptativa conceptual</p>	<p>Habilidades que reflejan la aplicación de las competencias académicas, aprendidas durante la escolarización, a situaciones de la vida cotidiana (i.e., lenguaje expresivo, lenguaje receptivo, lectura, escritura, autodirección, aspectos relativos a la comprensión del dinero, conceptos numéricos y temporales, solución de problemas etc.)</p>
<p>Conducta adaptativa social</p>	<p>Habilidades necesarias para establecer relaciones sociales de una manera exitosa (i.e., relaciones interpersonales, responsabilidad, autoestima, inseguridad, prudencia, modales, cumplimiento de normas, resolución de problemas sociales, etc.)</p>

<p>Conducta adaptativa práctica</p>	<p>Habilidades necesarias para satisfacer las necesidades personales más directas y para ser un miembro activo de la sociedad (i.e., habilidades instrumentales de la vida diaria, habilidades ocupacionales y laborales, manejo del dinero en situaciones cotidianas, seguridad, adaptación a rutinas, cuidado de la salud, realización de viajes y desplazamientos, uso del teléfono, habilidades económico-administrativas, habilidades referidas a su salud, etc.)</p>
-------------------------------------	--

El perfil individualizado de apoyos (PIA)

El PIA consiste en delimitar el tipo y la intensidad de apoyos que necesita la persona y las instituciones o personas responsables de proporcionarlos (Baños-García et al., 2017). El PIA debe incluir los recursos y estrategias cuyo objetivo es prevenir o mitigar las limitaciones derivadas de una discapacidad para mejorar el funcionamiento y el bienestar de la PcD. El PIA debe ser flexible, personalizado y respetuoso con las decisiones de la PcD, su seguridad y su dignidad (Plena Inclusión, 2017) y debe articularse en torno al ejercicio de las funciones jurídicas de la PcD (esfera personal, social, económica-jurídica-patrimonial y de salud) que se dirimen en el proceso judicial.

IV.- CONCLUSIONES

Las reformas introducidas por la LO 8/2021 han supuesto un reto para la práctica judicial y pericial en los procedimientos de provisión de apoyos para PcD. En este trabajo se ha presentado, de forma sintética, una propuesta de protocolización para afrontar las periciales demandadas en estos procedimientos desde la Psicología Forense. En este sentido, los distintos operadores jurídicos deben conocer que en el mundo de la discapacidad, la Psicología es una de las ciencias que más ha aportado a su delimitación conceptual, su operativización y medición, así como a la elaboración de propuestas de intervención. Esto hace que en el campo forense pueda aportar la necesaria rigurosidad y robustez científica a las periciales demandadas para los procedimientos de provisión de apoyos para PcD, al diseñar su intervención a partir de modelos teóricos sólidos (i.e., el MOCA) y contar con metodología estandarizada

para evaluar los procesos psicológicos y actividades mentales relevantes al objeto de estas periciales, más allá de la etiqueta diagnóstica o grado de discapacidad que presente la PcD (Naciones Unidas, 2020).

La propuesta que de forma sintética se ha presentado en este trabajo, se ajusta a las exigencias legales, al poner en el centro de la exploración el grado de autodeterminación y de conducta adaptativa que presenta la PcD como base para, en caso de necesidad, elaborar un perfil individualizado de apoyos que permita el ejercicio de las funciones jurídicas de la PcD dirimidas en el procedimiento judicial de la forma más adecuada y segura para ella, siempre respetando su voluntad, deseos y preferencias. Estos apoyos también pueden dirigirse, en algunos casos, a implementar estrategias específicas y brindar oportunidades personalizadas para que la PcD aumente su grado de conducta autodeterminada, y, por ende, pueda realizar sus propias elecciones y tomar decisiones en su vida cotidiana en igualdad de condiciones con los demás.

V.- BIBLIOGRAFÍA

American Psychiatric Association (2014). *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, DSM-5*. Editorial Médica Panamericana.

Callejo, S. (2021). *Discapacidad: internamientos y medidas de apoyo*. La Ley.

Boada, M. y Robles, A. (Ed.) (2009). *Documento Sitges 2009. Capacidad para tomar decisiones durante la evaluación de una demencia: reflexiones, derechos y propuestas de evaluación*. Editorial Glosa, S. L.

Esbec (2000). El psicólogo forense y la prueba pericial psicológica. En E. Esbec y G. Gómez-Jarabo, *Psicología Forense y Tratamiento Jurídico-Penal de la Discapacidad* (pp. 19-80). Edisofer.

Esbec (2012). Avances y exigencias de la prueba pericial en el proceso de modificación y delimitación de la capacidad de obrar. La capacidad en los trastornos mentales. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 12, 149-179.

Fernández-González, M^a B. (2021). Discapacidad y ejercicio de la autonomía personal. En M^a B. Fernández-González (Dir.). *Sistemas de apoyos para personas con discapacidad. Medidas jurídico-civiles y sociales* (pp. 13-32). Dykinson.

Healey, K. M., Combs, D. R., Gibson, C. M., Keefe, R. S., Roberts, D. L. y Penn, D. L. (2015). *Observable social cognition: A rating scale (OSCARS): An interview-based assessment for schizophrenia*. *Cogn Neuropsychiatry*, 20(3), 198-221.

Mumbardó-Adam, C., Vicente, E., Giné, C., Guadia-Olmos, J., Raley, S. K., Verdugo, M. A. (2017). *Promoviendo la autodeterminación en el aula: el modelo de enseñanza y aprendizaje de la autodeterminación*. *Siglo Cero* 48(2), 41-59.

Muñoz, J. M. y González-Guerrero, L. (2023). *Cartera de servicios de Psicología Forense*. Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de la Comunidad de Madrid. Material no publicado.

Muñoz, J. M., Nagore, A., de Luis, P., González-Guerrero, L., Esteban, S. (2023). *Guía para la evaluación pericial psicológica en los procedimientos de provisión de apoyos para personas con discapacidad*. Asociación de Psicología Forense de la Administración de Justicia.

Naciones Unidas (2020). *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para personas con discapacidad*. *Plena Inclusión* (2017).

Asistencia personal: una herramienta clave para el ejercicio del derecho a la vida independiente de

las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo. Plena Inclusión.

Pena-Garijo, J. y Monfort-Escrig, C. (2020). *Cognición en la esquizofrenia. Estado actual de la cuestión (I): métodos de evaluación y correlatos neurales.* Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, 40(137), 109-130.

Portellano, J. A. y García-Alba, J. (2014). *Neuropsicología de la atención, las funciones ejecutivas y la memoria. Síntesis.*

Rebolleda, C. (2020). *Neurocognición, cognición social y metacognición en psicosis. Pirámide.*

Roberts, B. W. y Yoon, H. J. (2022). *Personality Psychology. Annual Review of Psychology, 73, 489-516.*

Shalock, R., Luckasson, R. y Tassé, M. (2021). *Defining, diagnosing, classifying, and planning supports for people with intellectual disability: An emerging consensus. Siglo Cero, 52(3), 29-36.*

Verdugo, M. A., Schalock, R. L. y Gómez-Sánchez, L. E. (2021_a). *El modelo de calidad de vida y apoyos: la visión tras veinticinco años de caminos paralelos. Siglo Cero, 52(3), 9-28.*

Verdugo, M., Vicente, E., Guillen, V., Sánchez, S., Ibáñez, A. y Gómez, E. L. (2021_b). *A measurement of self-determination for people with intellectual disability: description of the AUTODDIS scale and evidences of reliability and external validity. International Journal of Developmental Disabilities, 69(2), 317-326.*

Vicente, E., Mumbardó-Adam, C., Coma, T., Verdugo, M. A. y Giné, C. (2018_a). *Autodeterminación en personas con discapacidad intelectual y del desarrollo: revisión de conceptos, su importancia y retos emergentes. Revista Española de Discapacidad, 6(2), 7-25.*

Vicente, E., Mumbardó-Adam, C., Guillén, V., Coma-Rosellón, T., Bravo-Álvarez, M., Sánchez, S. (2020). *Self-determination in people with intellectual disability: the mediating role of opportunities. International Journal of Environmental Research and Public Health, 17(7), 6201.*

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO. MAYO A OCTUBRE 2023

REVIEW OF RECENT JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT. MAY TO OCTOBER 2023

Susana Jiménez Bautista

Magistrada. Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Jose Antonio Baena Sierra

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Torremolinos (Málaga)

Remitido: 31/10/2023

Aceptado: 15/11/2023

SUMARIO:

I.- VALIDEZ DE CONVENIO REGULADOR NO RATIFICADO JUDICIALMENTE. STS número 904/2023, de 6 de junio

II.- DESAMPARO DE MENORES. Sentencia número 1147/2023, de 13 de julio

III.- GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES
1.- STS número 984/2023 de 20 de junio
2.- STS número 1302/2023 de 26 de septiembre

IV. - PENSIÓN DE ALIMENTOS
1.- Fijación en caso de progenitor en paradero desconocido. STS número 1365/2023 de 4 de octubre
2.- Proporcionalidad y congruencia. STS número 1125/2023 de 10 de julio
3.- Fecha de efectos de la extinción de la pensión de hijos mayores de edad. STS número 1196/2023 de 20 de julio

V.- VIVIENDA FAMILIAR: ATRIBUCIÓN DEL USO A LA PROGENITORA CUSTODIA Y A LOS HIJOS MENORES. CARÁCTER INDEFINIDO O LIMITACIÓN TEMPORAL. STS número

1153/2023, de 17 de julio

VI.- ACCIONES DE FILIACIÓN
1.- Acción de reclamación de filiación paterna no matrimonial, con establecimiento de medidas de guarda y alimentos, respecto de menores nacidos mediante contratos de gestación por sustitución. STS número 754/2023 de 16 de mayo
2.- Acción de filiación por naturaleza con posterioridad a la adopción. STS número 1059/2023 de 29 de junio
3.- Intercambio de bebés en el hospital por error. Legitimación de una de las hijas para impugnar la filiación de la otra, que no ha ejercitado acción alguna. STS número 1285/2023 de 25 de septiembre

VII.- LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES. FORMACIÓN DE INVENTARIO. STS número 837/2023 de 29 de mayo

RESUMEN:

A las continuaciones, se reseñan las principales novedades

jurisprudenciales emanadas de las sentencias del Tribunal Supremo sobre cuestiones relevantes en Derecho de Familia de mayo a octubre de 2023.

ABSTRACT:

Below, the main jurisprudential developments emanating from the rulings of the Supreme Court on relevant issues in Family Law from May to October 2023 are reviewed.

PALABRAS CLAVE:

Convenio regulador, audiencia a menores, guarda y custodia, pensión de alimentos, vivienda familiar, filiación, inventario, liquidación sociedad de gananciales

KEY WORDS:

Regulatory agreement, hearing of minors, custody, alimony, family housing, filiation, inventory, liquidation of community property

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA

I.- VALIDEZ DE CONVENIO REGULADOR NO RATIFICADO JUDICIALMENTE. STS número 904/2023, de 6 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2539)

Esta sentencia viene a ratificar la doctrina sobre la eficacia de los pactos *inter partes* en materia de familia, siempre que no afecten al orden público, en aplicación de los artículos 1.255 y 1.323 del Código Civil, en relación con el artículo 9.3 de la Constitución Española. En este caso se trata de un procedimiento de

modificación de medidas donde las partes llegaron a acuerdos con posterioridad a la sentencia de divorcio. Dichos acuerdos comenzaron a cumplirse, aunque no llegaron a ratificarse judicialmente. Sin embargo, en la demanda de modificación de medidas una de las partes solicitó medidas alternativas.

La Sala acuerda la estimación parcial del recurso de apelación; en efecto declara que no se atisba vicio del consentimiento en el convenio suscrito y no ratificado, el cual además comenzó cumpliéndose por los litigantes, por lo que concluye en otorgar valor jurídico a lo pactado en el indicado convenio, declarándolo vigente y vinculante para las partes.

Declara la sentencia:

“Por consiguiente, los pactos, que celebran los cónyuges, regulando sus relaciones personales y patrimoniales, son perfectamente válidos y exigibles, siempre que concurren los requisitos de toda clase de contratos; es decir, consentimiento, objeto y causa (art. 1261 del CC), se respeten las exigencias de forma ad solemnitatem, requeridas para determinados actos jurídicos, y siempre que los acuerdos adoptados no sobrepasen los límites que a la libre autonomía de la voluntad de las partes impone el art. 1255 del CC, que exige no sean contrarios a la ley imperativa, a la moral y al orden público”.

II.- DESAMPARO DE MENORES. Sentencia número 1147/2023, de 13 de julio ([ECLI:ES:TS:2023:3466](#))

Esta sentencia entra a resolver en relación a una demanda de oposición al desamparo, que fue desestimada en primera instancia y estimada por la Audiencia Provincial en relación a tres hermanos, hijos del demandante, nacidos en 2004, 2006 y 2008. Los menores fueron oídos en primera instancia- los dos menores, manifestaron sin ambages su voluntad de volver con su padre, y la mayor de ellos, próxima a cumplir 18 años, afirmó su explícito rechazo al padre-, pero no fueron oídos en apelación, sin que la sentencia haya motivado las razones para prescindir de la comparecencia directa de los menores (de casi dieciséis y catorce años cuando se dictó la sentencia) para ejercitar su derecho a ser oídos y que su opinión se conozca y se valore. Se estima parcialmente el recurso extraordinario por infracción procesal con la consecuencia de declarar la nulidad de actuaciones y devolverlas al tribunal de apelación para que, antes de volver a dictar sentencia, haga efectivo el derecho de los menores a ser oídos y escuchados.

El interés de esta resolución, lo es triple, en cuanto la Sala se pronuncia sobre tres cuestiones: 1. Suspensión de los plazos para recurrir 2. La audiencia de los menores como motivo de infracción procesal y como motivo de casación, 3. La audiencia de los menores y la necesidad de motivación en caso de no practicarse. Sobre el primero de los aspectos, en el que el apelante había interesado dicha

suspensión, razona lo siguiente:

«...la citada sentencia 612/2022, de 20 de septiembre, tras recordar que la regla general es que mientras no se acuerde judicialmente la suspensión del cómputo de ese plazo, la suspensión no se produce, observa que es preciso valorar las circunstancias concretas del caso y señala que, atendiendo a circunstancias extraordinarias, es posible admitir alguna excepción.

Así sucedió en el supuesto de que se ocupaba la sentencia 395/2018, de 26 de junio, que, bajo las premisas fácticas del caso, entendió que en ese caso la demandante sí «tenía derecho a confiar que su derecho a recurrir no precluiría por la falta de una respuesta adecuada del juzgado»:

«Al igual que se dijo en la sentencia del Tribunal Constitucional 107/2005, de 9 de mayo, en este caso la Audiencia Provincial ha hecho recaer sobre el justiciable la actuación indebida del órgano judicial y el retraso excesivo de este en resolver respecto de la admisión de la solicitud formulada, que finalmente admitió cuando ya había transcurrido el plazo inicialmente previsto para apelar.

»Es cierto que no pueden ampararse las conductas contrarias a buena fe, como la que supone solicitar la copia de la grabación cuando el plazo está a punto de expirar para justificar una solicitud de suspensión del plazo, como fue el caso objeto de la sentencia 244/2018, de 24 de abril. Pero en el presente caso, la parte recurrente ha mostrado una conducta diligente y no ha infringido

las exigencias de la buena fe al confiar en que la inacción del tribunal no podía causarle perjuicio”.

Sobre el cauce para recurrir la falta de audiencia de los menores (infracción procesal o casación, la Sala ha consagrado la validez de ambos cauces:

“...En ocasiones, la sala ha analizado conjuntamente este motivo de infracción procesal con el motivo de casación. Así, la sentencia 87/2022, de 2 de febrero, con cita de las sentencias 453/2014, de 23 de septiembre, y 357/2021, de 24 de mayo, declara que «en los supuestos en que los recursos de casación e infracción procesal presentados coinciden sustancialmente en las cuestiones que plantean, la sala ha optado por resolverlos conjuntamente, para evitar reiteraciones [...] En el presente caso, lo que está en el centro de los dos motivos del recurso extraordinario por infracción procesal y del motivo primero del recurso de casación es la cuestión relativa a la “audiencia”, “exploración” o “derecho a ser oída” de la menor, por lo que, aplicando dicho criterio, dichos motivos se van a resolver conjuntamente».

Por último, sobre el requisito de audiencia de los menores, ha consagrado la necesidad de motivación en caso de no llevarse a cabo, en los siguientes términos:

»El derecho del menor a ser “oído y escuchado” forma así parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (STC 141/2000,

de 29 de mayo, FJ 5). Su relevancia constitucional está recogida en diversas resoluciones de este Tribunal, que han estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (SSTC 221/2022, de 25 de noviembre, FJ 5; en el mismo sentido, SSTC 71/2004, de 19 de abril, FJ 7; 152/2005, de 6 de junio, FFJJ 3 y 4, y 17/2006, de 30 de enero, FJ 5)».

(...)

Este precepto, entre las disposiciones generales para los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores, y bajo el titulillo de «prueba», contiene una específica regulación que excepciona el régimen procesal ordinario de los juicios declarativos en una pluralidad de aspectos, que tienen su justificación en las peculiaridades del derecho material o sustantivo que constituye su objeto. Dada la extraordinaria importancia que reviste la materia, se debe ofrecer una amplia ocasión para realizar alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusión, porque lo trascendental en ellos es su resultado (STC 187/1996, de 25 de noviembre, STC 178/2020, de 14 de diciembre, y sentencias de esta sala sentencia 705/2021, de 19 de octubre, 281/2023, de 21 de febrero, y 984/2023, de 20 de junio, entre otras).

En este caso, la audiencia no fue acordada por el tribunal provincial mediante el ejercicio de sus facultades de oficio, ni tampoco motivó por qué no oía de manera directa e inmediata a unos menores que por su edad y madurez pueden ejercitar su derecho por sí mismos y así desean hacerlo. Esto no significa en modo alguno que la voluntad de los menores sea vinculante para el juzgador quien, como hemos reiterado, debe basarse en el interés superior del menor, sin que pueda atribuírsele al menor la responsabilidad de la decisión (por todas, sentencia 705/2021, de 19 de octubre), especialmente cuando existen situaciones de riesgo o desamparo, pero sí determina que se les dé la ocasión de explicar su opinión y que a su vez se dé respuesta a las razones por las que sus deseos no pueden ser cumplidos».

III.- GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES

Se recogen aquí dos sentencias del Alto Tribunal. La primera aborda el caso en que la custodia se atribuye temporalmente a un familiar, por la situación de los padres (sustracción y violencia de género), y las medidas a adoptar en el futuro. La segunda hace un resumen sobre la evolución jurisprudencial de la custodia monoparental y compartida, incidiendo en el hecho de que esta última ha dejado de ser un supuesto excepcional para convertirse en una alternativa igualmente válida atendiendo a las circunstancias del caso y al superior interés del menor.

1. - STS número 984/2023 de 20 de junio ([ECLI:ES:TS:2023:2727](#))

El supuesto de hecho es el siguiente: el procedimiento de divorcio concluyó por sentencia en la que la juzgadora a quo acordó la atribución de la guarda y custodia de la menor al padre, fijando un régimen de visitas progresivo a favor de la madre, inicialmente supervisado por el PEF. En su extensa fundamentación jurídica se partió de la base de la improcedencia de fijar una guarda y custodia compartida, al hallarse el padre incurso en un proceso penal de violencia de género. Se destaca que desde el dictado de dicho auto de medidas se constata un comportamiento obstaculizador de la madre para que el padre pudiera comunicarse con su hija, lo que de hecho impidió el contacto de la niña con su progenitor. Por otra parte, en la causa seguida por abusos sexuales del padre frente a la hija, la Audiencia Provincial confirmó el auto de sobreseimiento, frente al que la madre presentó recurso de casación, y constan pendientes otras causas penales contra el padre en el ámbito de la violencia de género. Asimismo, existen abiertas contra la madre las diligencias por delito de desobediencia y por sustracción de menores, y actualmente se encuentra en paradero desconocido, al haberse ausentado con su hija, con posibilidad incluso de encontrarse en el extranjero. Dado el contexto procesal en que se ven inmersos ambos progenitores, así como la pésima relación existente entre ellos, por el Ministerio Fiscal se entiende que se está sometiendo a la menor -cuyo paradero y circunstancias actuales se desconocen- a una delicada situación que podría reclamar soluciones excepcionales, que neutralicen el daño que se está causando a la niña por la situación a la

que se ha visto abocada, lo que requiere la búsqueda de una alternativa a la guarda paterna o materna, en tanto en cuanto se resuelven dichos procedimientos judiciales, y se restituyen las condiciones para que los progenitores, o alguno de ellos, puedan asumir la custodia de la menor en condiciones de proporcionarle un entorno estable y seguro, que garantice su desarrollo integral. El Fiscal propone para dicha custodia temporal a la tía paterna, mientras que la madre propone a su abuela materna.

La decisión que se adopta, argumenta la Sala, es la que estima que se concilia mejor con el interés y beneficio de la menor, que en este caso, es la de otorgar dicha custodia a la tía paterna. Todo ello en un caso excepcional y de difícil solución, al no haberse sometido la madre a las resoluciones jurisdiccionales que, en un Estado de Derecho, dirimen las controversias entre las partes. La sentencia se expresa en los siguientes términos:

«El interés de la menor difícilmente puede concebirse desde un punto de vista estrictamente abstracto o general, mediante una simple especulación intelectual que prescinda del concreto examen de las circunstancias en las que se manifiesta; por consiguiente, en su determinación, las facultades de los tribunales habrán de ser amplias, que no arbitrarias, para valorarlo y garantizarlo en consonancia con el específico contexto de cada conflicto judicializado. En definitiva, como señala el Tribunal Constitucional, para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para

los niños y las niñas, «ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio» (SSTC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3 y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2).

(...)

Con respecto a la custodia de la menor, objeto de este proceso, nos encontramos ante uno de esos casos difíciles, en los que la valoración de ese concepto jurídico indeterminado, que constituye el interés y beneficio de la menor, es realmente problemático.

En efecto, con respecto al padre se encuentra inmerso en dos procesos de violencia de género, seguidos ante sendos órganos jurisdiccionales en los que se decretó la apertura del juicio oral. Tales hechos implican la constatación de indicios racionales de criminalidad contra su persona, aunque siga gozando de su presunción de inocencia.

(...)

Por otra parte, la situación de la madre determina, igualmente, la imposibilidad de ejercer las funciones de progenitora custodia en virtud de las consideraciones siguientes. En primer término, por haber obstaculizado, desde el primer momento, toda clase de contacto y comunicación del padre con su hija, con incumplimiento reiterado de diversas resoluciones judiciales que así lo habían acordado, hasta el punto de sustraerse a la acción de la justicia, al haber huido con la niña, cuyo paradero se desconoce, y, por consiguiente, la concreta situación

en la que se encuentra, a la que ha desarraigado de su núcleo afectivo y familiar y acaparado de forma personal y exclusiva.

A más abundamiento, el daño psicopatológico susceptible de sufrir la niña, al desarrollarse, bajo la creencia inducida por la madre, de que su padre ha abusado de ella, cuando indicios racionales de tal clase no constan en la exhaustiva investigación judicial llevada a efecto con pluralidad de pruebas practicadas. Un proceder de tal clase incide, de forma negativa, en el libre desarrollo de la personalidad de la menor, y le genera un patente daño tal y como resulta de la pericial practicada. Pesa sobre la madre una orden de búsqueda y captura y tiene abiertos sendos procesos penales por tales hechos.

Su comportamiento no encuentra amparo en Derecho. La hija no es patrimonio de la madre, ni cabe imponga su unilateral decisión sobre lo que, subjetivamente, entiende que constituye el interés de su hija, con desprecio y descalificación de las resoluciones judiciales y su posible revisión a través del sistema de recursos. Es interés de los niños y de las niñas mantener los lazos con su familia, excepto en los casos que se demuestre particularmente contrario a sus intereses. De ello se deduce que los lazos familiares solo pueden romperse en circunstancias muy excepcionales y que se debe hacer todo lo posible para mantener las relaciones personales y, en su caso, si llega el momento, «reconstruir» la familia (SSTEDH de 19

de septiembre de 2000, asunto Gnahoré c. Francia, § 59, y de 6 de septiembre de 2018, asunto Jansen c. Noruega, § 88-93).

En la tesitura, antes expuesta, la medida más adecuada es confiar, temporalmente, la custodia de la niña a un familiar próximo, distinto de sus progenitores, sin perjuicio del régimen de comunicación con la niña que, en su caso, se acuerde con respecto a su padre y madre, en ejecución de esta sentencia, una vez que la menor pueda ser localizada y sometida a decisión judicial.

Esta posibilidad que cuenta con apoyo normativo en los arts. 103.1 II, 158 y 160 del CC, se consideró por esta sala aplicable a los procesos matrimoniales aun cuando no se encuentre prevista en el art. 92 del CC siempre así lo exija el interés superior de la menor (STS 679/2013, de 20 de noviembre) e igualmente se admite en las sentencias 47/2015, de 13 de febrero, 582/2014, de 27 de octubre y 492/2018, de 14 de septiembre”.

2.- STS número 1302/2023 de 26 de septiembre ([ECLI:ES:TS:2023:3830](https://www.boe.es/boe-datos/BOE-A-2023-1302-2023))

En este caso el Juzgado de Violencia sobre la Mujer dictó sentencia de divorcio acordando un régimen de custodia compartida. En sede de apelación la Audiencia revocó la decisión, concediendo dicha custodia a la madre. El padre recurre en casación, y el Alto Tribunal revoca la sentencia de segunda instancia. Destacamos del FJ. Tercero los

siguiente argumentos:

“1. Es doctrina reiterada (entre otras, sentencias 593/2018, de 30 de octubre, y 28/2018, de 18 enero, y las que se recogen en ella) que en los casos en que se discute la guarda y custodia compartida solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados de la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda. La razón se encuentra en que «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este. El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia (...)».

En este caso existe interés para modificar la sentencia porque, sin poner en entredicho las razones valoradas de forma adecuada por el juzgado acerca de por qué es más beneficioso para el menor un sistema de guarda compartida, establece una guarda monoparental partiendo de la premisa de que la compartida es un sistema excepcional, lo que no es conforme con la jurisprudencia consolidada de la sala, y basándose como único argumento en la mera remisión a un informe del equipo técnico que ya fue valorado por el juzgado junto a otras pruebas y circunstancias del caso, que la Audiencia sin embargo no tiene en cuenta.

2. En efecto, tal y como advierte

el Ministerio Fiscal en su informe, la Audiencia parte de una premisa que es contraria a la jurisprudencia reiterada por esta sala sobre la custodia compartida. Dice la sentencia recurrida que “dicha custodia compartida es excepcional”.

Frente a esta afirmación de la sentencia recurrida, la doctrina de esta sala es clara y reiterada sobre los criterios que se deben tener en cuenta para adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, especialmente a partir de la sentencia 257/2013, de 29 de abril, siempre en interés y beneficio de los hijos menores, no como una medida excepcional, sino como la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación con ambos progenitores”.

IV. - PENSIÓN DE ALIMENTOS

1. - Fijación en caso de progenitor en paradero desconocido. STS número 1365/2023 de 4 de octubre ([ECLI:ES:TS:2023:3976](#))

En esta sentencia la Sala aborda el problema que se suscita con bastante frecuencia en la práctica, en la que se reclaman alimentos para hijos menores y el progenitor obligado al pago (en este caso, la madre), se halla en paradero desconocido. En primera instancia se dictó sentencia en la que se decidió otorgar al padre la guarda y custodia de los tres hijos menores de los litigantes, patria potestad conjunta, no se fijaron visitas ni alimentos al desconocerse las circunstancias personales y

patrimoniales de la demandada. La Audiencia, en sede de apelación, ratificó dichos pronunciamientos. Contra dicha sentencia se interpuso por el demandante recurso de casación que es apoyado por el Ministerio Fiscal, que señala que la interpretación del tribunal provincial impide acudir a las ayudas del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, creado por Ley 42/2006, de 28 de diciembre.

La Sala estima el recurso, en el que se recoge la doctrina ya expresada en las SSTS 860/2023 y 1210/2023, en los términos que se exponen a continuación:

«1) Sobre la especial protección de los alimentos de los hijos menores de edad en los procedimientos de familia.

«Esta obligación tiene unas connotaciones particulares, que la distinguen de las restantes deudas alimentarias legales, toda vez que *posibilitan una mayor flexibilidad en la fijación del importe de la pensión y en la interpretación del principio de proporcionalidad, de manera que los hijos puedan gozar del mejor nivel de vida que los recursos económicos de sus progenitores les puedan brindar y que su satisfacción genere un mayor esfuerzo contributivo, una de cuyas manifestaciones la encontramos en el art. 608 LEC.*

«En el sentido expuesto las SSTS 749/2002, 16 de julio, 1007/2008, de 24 de octubre, 740/2014, de 16 de diciembre y 525/2017, de 27 de septiembre, entre otras, así como la STC 57/2005, de 14 de marzo.

»2) La doctrina del mínimo vital para el caso de dificultades económicas

«Esta obligación impuesta al juez de fijar «en todo caso», la contribución de cada progenitor para satisfacer alimentos que impone el art. 93 del CC, determinó el nacimiento, para situaciones de acreditada dificultad económica, de la denominada doctrina del mínimo vital, de cuya aplicación encontramos manifestación en las SSTS 184/2016, de 18 de marzo y 484/2017, de 20 de julio, con base a la cual: i) Lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, ii) Ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de un gran sacrificio del progenitor alimentante.

»3) La posibilidad de suspensión de la prestación de alimentos por carencia de recursos económicos para satisfacerlos: el alimentante absolutamente insolvente

«Como manifestación de tal criterio, podemos citar la STS 632/2022, de 29 de septiembre, en la que, con cita de otras anteriores (SSTS 55/2015, de 12 de febrero; 111/2015, de 2 de marzo; 413/2015, de 10 de julio; 395/2015, de 15 de julio; 661/2015, de 2 de diciembre; 184/2016, de 18 de marzo y 484/2017, de 20 de julio), distinguimos entre la suspensión de la obligación de prestar alimentos (carencia de ingresos) y la de abonar el mínimo vital (situaciones de dificultad económica), y de esta forma

señalamos:

»»[...] cabe admitirla «[...] con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal [...], pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante [...]”, siendo esa solución que se predica como normal, y ello, en los supuestos referidos a situaciones de dificultad económica, la de “fijar [...] un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor [...].

»[...] Y si no consta que la recurrente perciba en estos momentos ingresos por ningún concepto y tampoco se dispone de datos que permitan presumir que, pese a no contar con ingresos, sí dispone de otros medios o recursos económicos con los que poder hacerse cargo de la pensión, lo que se debe asumir, a la luz de lo probado y lo que no lo ha sido, es que su actual situación, con independencia de la palabra o palabras que se utilicen para calificarla: precariedad, indigencia, pobreza, miseria, etc., o de los adjetivos con que se pueden calificar: total, absoluta, extrema, plena, etc., no le permite hacerse cargo de ella por imposibilidad material, ante la falta de medios.

»Lo anterior pone de manifiesto que la situación es excepcional y que el caso es uno de los que justifican, con arreglo a nuestra doctrina, la suspensión temporal del pago de la pensión de alimentos en tanto la actual situación se mantenga”.

»4) Supuestos de rebeldía que determina

el desconocimiento de ingresos del obligado a prestarlos

»Son situaciones en las que no consta que el demandado carezca de recursos económicos o que se encuentre en una situación de absoluta indigencia, simplemente se ignoran cuáles son los ingresos con los que cuenta actualmente, dado que, por acto propio, se ausentó sin dejar datos incumpliendo sus obligaciones con respecto a su hijo menor. En la tesitura expuesta, es la madre la que, de forma exclusiva, atiende a las necesidades del menor.

»En un caso similar al presente, la sentencia 481/2015, de 22 de julio, razonó que:

»»Esta Sala debe declarar que junto con la necesaria protección de los intereses del rebelde procesal, está la necesidad de que los Tribunales tutelen los derechos del menor y como señala el Ministerio Fiscal, no podemos soslayar la obligación que el padre tiene, constitucionalmente establecida, de prestar asistencia a sus hijos (art. 39 de la Constitución).

»El padre o madre deben afrontar la responsabilidad que les incumbe con respecto a sus hijos, no siendo de recibo que su mera ilocalización les exonere de la obligación de prestar alimentos ni que a los tribunales les esté proscrita la posibilidad de determinar un mínimo por el hecho de que el progenitor haya abandonado su lugar de residencia, todo ello sin perjuicio de las acciones que el rebelde pueda plantear una vez hallado, en orden a la modificación de las medidas, posibilidad que también podrá plantear el otro progenitor si han variado sustancialmente la

circunstancias.

»En el presente caso consta que con respecto al demandado se intentó su emplazamiento en el domicilio de su madre.

»En la sentencia recurrida se elude la obligación de fijar alimentos para evitar posibles responsabilidades penales del obligado al pago de los alimentos, pero olvida que esa obligación de prestarlos la tiene el progenitor, civil y constitucionalmente impuesta, aun cuando no se concrete su importe.

»En base a ello, se fija una pensión de alimentos, abonable por el demandado del 10% de los ingresos que se acrediten como percibidos por el padre, dada la edad de la menor y que la madre trabaja como empleada de hogar y reside en régimen de alquiler compartido. Se desconoce el trabajo que el esposo pueda estar desarrollando en la actualidad”.

»Esta doctrina es refrendada por la STS 860/2023, de 1 de junio.

(...)

Es, por ello, que consideramos procedente acoger en parte el recurso de casación interpuesto y fijar prudencialmente los precitados alimentos en un porcentaje equivalente al 25% de los ingresos de la madre, dado que son tres los hijos necesitados de alimentos, sin perjuicio de su revisión.

Esta prestación alimenticia se devengará desde la fecha de la demanda (art. 148 CC), al ser la primera vez que se fijan los alimentos (SSTS 696/2017, de 20 de diciembre; 113/2019 de 20 de febrero; 644/2020, de 30 de noviembre

y 412/2022, de 23 de mayo), todo ello, sin perjuicio de su liquidación y revisión por modificación de circunstancias una vez se conozcan los ingresos reales del demandado».

2.- Proporcionalidad y congruencia. STS número 1125/2023 de 10 de julio ([ECLI:ES:TS:2023:3258](#))

En esta sentencia la resolución recurrida reconocía una pensión alimenticia inferior a la que había aceptado el progenitor que debía abonarla. El Tribunal Supremo casa parcialmente la sentencia de la Audiencia Provincial, en los siguientes términos:

“Conforme al principio *tantum devolutum quantum appellatum*, como quiera que el apelante aceptaba el *quantum* de 620 euros de pensión para el hijo, la Audiencia nunca podía llegar a reducir la pensión por debajo de ese límite.

»Sintetizando la doctrina de la sala, la sentencia 217/2023, de 13 de febrero, con cita de múltiples precedentes recuerda que «una sentencia es incongruente si concede más de lo pedido por las partes (*ultra petita*); se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*); se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita de la pretensión deducida por el contrario, es perfectamente válido que dé menos de lo pedido (*infra petitum*), lo que no constituye infracción de incongruencia,

salvo que diera menos de lo admitido por la contraparte».

En el caso, la Audiencia, al fijar la pensión de alimentos para el hijo menor en una cuantía inferior a la que el propio recurrente se había quietado incurre en incongruencia, pues se le concede más de lo pedido, por lo que procede estimar este motivo. En sentido parecido, la sentencia 338/2022, de 28 de abril, apreció incongruencia en la sentencia de apelación que fijó una pensión de alimentos en una cuantía inferior a la que había ofrecido el progenitor obligado al pago.”

3.- Fecha de efectos de la extinción de la pensión de hijos mayores de edad. STS número 1196/2023 de 20 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3520)

Esta sentencia, que recoge la doctrina establecida en la anterior STS 1073/2023 de 3 de julio, versa sobre la eficacia temporal de la sentencia que declara la extinción de la obligación de pagar alimentos que se fijó en la sentencia de divorcio. El juzgado declaró la extinción de la pensión de alimentos desde la fecha de su sentencia. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación del padre y declaró que la pensión no se debía desde el momento en que el hijo comenzó a percibir ingresos. Recurre en casación la madre y, en atención a las circunstancias concurrentes, su recurso se estima. La Sala resuelve en base a los siguientes argumentos:

“La cuestión debatida, referida a los efectos temporales de la sentencia que extingue la obligación de alimentos, ha sido objeto de tratamiento en varias

sentencias de la sala. La última, la sentencia 1072/2023, de 3 de julio, que recuerda la doctrina de la sala, conforme a la cual, cuando se plantea procedimiento de modificación de medidas, la pensión que en él se fije opera desde el dictado de la sentencia fallada en el procedimiento de modificación (por todas, sentencias 6/2022, de 3 de enero, 412/2022, de 23 de mayo, y 86/2020, de 6 de febrero).

El mismo criterio ha seguido la sala en las sentencias 680/2014, de 18 de noviembre, y 483/2017, de 20 de julio, en dos supuestos referidos a los efectos temporales de la sentencia que extingue la obligación alimenticia a favor de hijos mayores. Así, la sentencia 680/2014 estima el recurso de casación contra la sentencia que había declarado la extinción de la pensión de alimentos a favor de la hija mayor de edad de los litigantes desde un mes después de la interposición de la demanda de modificación de medidas por aplicación analógica del art. 148 CC; la sentencia de casación fija como fecha de la extinción la fecha de la sentencia dictada por la audiencia, que fue la que declaró la extinción. Por su parte, la sentencia 483/2017 casa la de la audiencia, que había declarado extinguido el derecho a la pensión de alimentos con efectos desde la fecha de interposición de la demanda, y pasa a fijarla en la fecha de la sentencia dictada por el juzgado, que fue la que acordó la extinción de la pensión.

Con carácter general, esta doctrina se asienta en que, de una parte, el art. 106 CC, en sede de medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y

divorcio, establece que los «los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo»; de otra, el art. 774.5 LEC, bajo el titulillo de «medidas definitivas», en sede de los procesos matrimoniales y de menores, dispone que «los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta». De ahí que la jurisprudencia entienda que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte.

Como recuerda la sentencia 483/2017, de 20 de julio, seguida después por otras, es también doctrina reiterada, desde la vieja sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, citadas en la de 24 de abril de 2015 y 29 de septiembre de 2016, que los alimentos no tienen efectos retroactivos, «de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida».

Cuando se trata de alimentos a favor de hijos mayores de edad, el progenitor que con ellos conviva, y precisamente en función de dicha convivencia (art. 93.II CC), puede reclamar los procedimientos matrimoniales alimentos al otro progenitor. De ahí que, como advierte la sentencia 223/2019, de 10 de abril, puesto que el efecto no retroactivo de la modificación de alimentos tiene sus raíces en su carácter consumible, «las

sentencias que, tratándose de hijos mayores de edad y litigios entre los progenitores, han fijado el efecto de la modificación de la pensión alimenticia desde la fecha de la sentencia, se hayan dictado en supuestos en que los alimentos habían sido consumidos por los hijos beneficiarios (...) por seguir conviviendo con su progenitor».

Partiendo de esta doctrina, las sentencias 147/2019, de 12 de marzo, y 223/2019, de 10 de abril, declaran que en los casos que juzgan las madres dejaron de estar legitimadas para percibir la pensión alimenticia al amparo del art. 93.II CC por haber desaparecido los condicionantes fácticos en orden a su subsistencia. En consecuencia, confirman las sentencias de apelación que declararon, en un caso, la extinción de la pensión que percibía la madre desde que el hijo, que gozaba de ingresos propios, dejó de convivir con ella (sentencia 147/2019, de 12 de marzo) y, en otro, en función de lo solicitado, desde la demanda por la que se pedía la extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos de los litigantes que gozaban de independencia económica y residencia independiente (sentencia 223/2019, de 10 de abril).

Con cita de la anterior jurisprudencia, la reciente sentencia 1072/2023, de 3 de julio, estima el recurso de casación y confirma la sentencia del juzgado, que declaró la extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad de los litigantes desde la fecha de su sentencia, sin efectos retroactivos. Tiene en cuenta para ello, en primer lugar, que a pesar de haber obtenido

algún ingreso con anterioridad, los hijos continuaron conviviendo con la madre, que se hizo cargo de su manutención, por lo que se trataba de alimentos consumidos por los hijos mayores de edad, sin que la madre hiciera propia la prestación alimenticia a favor de sus hijos, sino que la empleó en el destino señalado en la sentencia de divorcio, esto es, satisfacer las necesidades de los hijos comunes; en segundo lugar, tiene en cuenta que la situación de los hijos se consolidó durante la tramitación del proceso, que fue necesario para acreditar la extinción de la pensión de alimentos, es decir, para determinar si los alimentistas contaban con recursos suficientes para atender a sus necesidades.

La aplicación al caso de la doctrina de la sala determina la estimación del recurso de casación”.

V.- VIVIENDA FAMILIAR: ATRIBUCIÓN DEL USO A LA PROGENITORA CUSTODIA Y A LOS HIJOS MENORES. CARÁCTER INDEFINIDO O LIMITACIÓN TEMPORAL. STS número 1153/2023, de 17 de julio ([ECLI:ES:TS:2023:3322](#))

La cuestión jurídica que se plantea versa sobre la posibilidad de, a falta de acuerdo, establecer una limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor e hijos menores que quedan a su cuidado en casos en los que no concurre ninguno de los supuestos admitidos por la jurisprudencia para mitigar el excesivo rigor que se deriva de la automática aplicación de la norma contenida en el art. 96 CC.

La sentencia de primera instancia, en lo que aquí es trascendente, establece la guarda y custodia materna de los dos hijos menores, con atribución del uso de la vivienda familiar sin limitación temporal. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación presentado por el padre y estableció que la atribución del uso de la vivienda familiar a la madre demandante quedaba limitado a un periodo de dos años desde su sentencia. La sentencia de la Audiencia basó su decisión en que «la madre es una mujer con preparación en edad laboral para encontrar una actividad que le permita mantenerse y encontrar una vivienda, por lo que se atribuye el uso del mismo por un periodo de dos años desde la fecha de la presente resolución». La madre interpone recurso de casación.

La Sala estima el recurso recordando que el carácter indefinido de la atribución a los hijos menores de la vivienda familiar es la regla general, en base a los siguientes argumentos:

«La doctrina que procede aplicar en el presente caso es la que refiere la recurrente, iniciada con la sentencia 671/2012, de 5 de noviembre, y que luego ha sido reiterada por otras muchas (entre otras, sentencias 241/2020, de 2 de junio, 351/2020, 24 de junio, y 861/2021, de 13 de diciembre). En palabras de la sentencia 351/2020, de 24 de junio:

«[...] la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC.

»[...] esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores, derechos que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor.

»[...] Es cierto que esta sala viene admitiendo en algunas resoluciones recientes la concurrencia de supuestos excepcionales que pudieran mitigar las consecuencias del inflexible rigor en la aplicación del artículo 96.1 del Código Civil. Lo que no es posible es que esta alegación sirva de argumento en la sentencia para contravenir la reiterada doctrina de esta sala sobre el uso de la vivienda familiar en supuestos similares pues a ninguno se refieren las “resoluciones más recientes” que dice la sentencia, sin citarlas.

»Lo que dice esta sala -sentencia de 17 de junio de 2013- es lo siguiente: «Hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita

calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios”. »Consecuencia de lo cual es la siguiente doctrina: «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC” (221/2011, 1 de abril; 181/2014, 3 de abril; 301/2014, de 29 de mayo; 297/2014, 2 de junio; 660/2014, de 28 de noviembre; 282/2015, de 18 de mayo[...])”».

Es claro que la sentencia recurrida ha desatendido esta doctrina al limitar la atribución del uso de la vivienda a los menores sin ampararse en alguno de los factores que hemos establecido para mitigar el excesivo rigor que se deriva de la automática aplicación de la norma contenida en el art. 96 CC cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges”.

VI.- ACCIONES DE FILIACIÓN

1.- Acción de reclamación de filiación paterna no matrimonial, con establecimiento de medidas de guarda y alimentos, respecto de menores nacidos mediante contratos de gestación por sustitución. STS número 754/2023 de 16 de mayo ([ECLI:ES:TS:2023:1958](#))

En este supuesto el demandante ejercita una doble acción de paternidad para que se determine, de una parte, que

él es el padre no matrimonial de los dos hijos biológicos de quien fue su pareja masculina, y cuya paternidad está inscrita en el Registro Civil. El demandante también solicita que se determine que su expareja es el padre no matrimonial de los dos hijos biológicos del propio demandante, cuya paternidad está inscrita en el Registro Civil. La gestación se produjo por sustitución.

En las dos instancias se ha desestimado su demanda. Igualmente, la Sala desestima los recursos, en una larga sentencia de la que resumimos los principales argumentos:

En la sentencia 45/2022, de 27 de enero (referida a una acción de reclamación de maternidad extramatrimonial por posesión de estado interpuesta por quien fuera pareja, y luego esposa, de la madre por naturaleza), dijimos:

«El interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación. Es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo)».

Esta afirmación se reitera por la sentencia 558/2022, de 11 de julio, en un caso en el que también se ejercitaba una acción de reclamación de maternidad extramatrimonial por posesión de estado respecto de un menor nacido mediante técnicas de reproducción asistida.

En las dos sentencias 45/2022, de 27 de enero, y 558/2022, de 11 de julio, dijimos también que no puede darse por supuesto que el superior interés del menor quede mejor tutelado por el hecho de que, como consecuencia de la estimación de una demanda de filiación, el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad vaya a recaer en dos personas. Desde ese punto de vista todas las acciones de reclamación de paternidad y maternidad respecto de menores deberían ser estimadas, aunque no se dieran sus presupuestos legales y jurisprudenciales.

En casos de filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, la sala ha valorado que el interés del menor concreto a que se referían los litigios que se juzgaban quedaba mejor protegido por la determinación legal de una doble maternidad, convirtiendo en legal una filiación vivida manifestada por constante posesión de estado. En este sentido, las sentencias 740/2013, de 5 de diciembre, y 836/2013, de 15 de enero de 2014, admitieron, a la vista de las circunstancias, que prosperaran acciones judiciales de reclamación de maternidad, valorando de manera conjunta la existencia de un proyecto reproductivo en común de las dos mujeres, la posesión de estado como madre de la demandante, y el interés en juego de los menores en preservar la relación con una persona a la que tenían como madre.

La sentencia del pleno 277/2022, de 31 de marzo, por su parte, casa la sentencia que basó la determinación de la filiación

resultante de un acuerdo de gestación por sustitución respecto de una madre de intención sin vínculo genético con el nacido con apoyo en la posesión de estado, y remite a la madre de intención a la adopción para determinar su maternidad respecto del niño con el que convivía desde su nacimiento.

(...)

En los dos motivos del recurso de casación se sostiene que la posesión de estado y el interés de los menores deben conducir a que se declaren las paternidades reclamadas, lo que ha sido rechazado por la sentencia recurrida.

Los dos motivos del recurso de casación van a ser desestimados porque la sentencia recurrida, al concluir que la situación fáctica no permite determinar las filiaciones reclamadas con apoyo en la posesión de estado y en el principio del interés de los menores, no infringe ningún precepto legal, da respuesta adecuada al interés de los menores y no es contraria a la doctrina de la sala.

2. En el litigio que ha dado lugar al presente recurso, lo que se pretende por el demandante no es el reconocimiento de un acto de autoridad extranjero, porque tal reconocimiento, en la práctica, se ha producido administrativamente a favor de quienes encargaron la gestación y respecto de los niños nacidos de cada contratación. Tampoco se pretende la determinación de la paternidad respecto de los respectivos padres biológicos, que coinciden con los padres comitentes o de intención, y cuya paternidad proclaman ya las inscripciones practicadas. Lo que se pretende es la determinación de la

filiación de cada uno de los menores respecto de quien ni es su padre biológico ni tampoco encargó su gestación, y ello con amparo en la ley española, concretamente conforme al art. 131 CC. (...)

Lo que sostiene el recurrente es que de la convivencia como hermanos de los hijos de los litigantes, que nacieron con siete meses de diferencia, resulta una posesión de estado que debería consolidarse mediante la determinación judicial de las paternidades que se reclaman y, de esta forma mantener, en interés de los niños, la situación fáctica creada de equiparación de todos los niños.

Pero lo cierto es que ni una anterior convivencia establecida voluntariamente y amparada por acuerdos alcanzados por las partes, ni una invocación genérica e interesada del principio del interés del menor, justifican que se puedan establecer unas paternidades, con el conjunto de derechos y obligaciones que ello comporta, que carecen de cobertura legal.

El vínculo socio afectivo de los niños entre sí y con quien fue pareja de su respectivo padre no es por sí título para el establecimiento de un vínculo legal de filiación. Para este tipo de supuestos el ordenamiento establece el cauce de la adopción, que no se ha querido seguir. No es el ordenamiento español el que impedía la adopción, sino que fueron los litigantes quienes, pudiendo hacerlo, no quisieron adoptar, sin que el hecho de que ahora no sea viable la adopción por la ruptura determine que deba

establecerse un vínculo legal de filiación al margen de las causas previstas por el legislador.

Al desestimar la acción ejercitada no se discrimina a unos menores por el hecho de haber sido concebidos mediante técnicas de reproducción asistida ni se impide el mantenimiento y desarrollo de la relación familiar por el hecho de que no exista vínculo genético de los niños con el litigante respecto del que se solicita la paternidad. La solución que se ha alcanzado en las instancias sería la misma en cualquier caso en el que se hubiera creado una convivencia estable con efectivas relaciones personales entre dos progenitores y sus respectivos hijos, con independencia tanto de las circunstancias de su nacimiento (mediante el empleo de técnicas de reproducción asistida o no, por naturaleza o filiación adoptiva) como del sexo de los progenitores.

Dentro del respeto que merecen los diferentes modelos de familia, el modelo convivencial libre y voluntariamente establecido por las partes pudo mantenerse como tal mientras quisieron, pero no permite su imposición, y menos a través de la determinación judicial de una filiación que no tiene amparo legal. Mediante la pretensión de que se determine la doble paternidad se pretende crear una situación jurídica, con unos derechos y obligaciones que no existían antes de la ruptura de la convivencia, por lo que el no reconocimiento de la filiación reclamada no priva a los niños de sus derechos ni afecta a su identidad

2.- Acción de filiación por naturaleza con posterioridad a la adopción. STS número 1059/2023 de 29 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2995)

En el caso, tras un proceso en el que quedó determinada la filiación por naturaleza- pues el padre desconocía su filiación-, el padre biológico de un niño que había sido adoptado por dos esposos, presenta demanda para que se declare judicialmente la extinción de la adopción al amparo del art. 180.2 CC, por no haber podido intervenir, sin culpa suya, en el expediente de adopción prestando su asentimiento conforme al art. 177 CC.

Su demanda se desestimó en las dos instancias por haberse apreciado cosa juzgada en atención a que la sentencia que determinó la filiación por naturaleza precisó expresamente que la declaración de paternidad tenía meramente efectos declarativos. El demandante no interpuso recurso por extraordinario por infracción procesal para hacer valer su disconformidad con la apreciación de cosa juzgada a fin de que, en caso de ser estimado, pudieran resolverse después las cuestiones propias de la casación (disposición final 16ª apartado 1, regla 7ª LEC). El padre biológico recurre en casación, y se oponen la madre biológica, los padres adoptivos y el Ministerio Fiscal. Su recurso de casación se desestima:

«En el caso que juzgamos, como ponen de manifiesto las partes recurridas y el ministerio fiscal, el recurrente no combate en su recurso de casación la verdadera razón decisoria del fallo de la sentencia impugnada, que no es otra que la apreciación de la cosa juzgada (art.

222.4 LEC) por entender que ha quedado decidido ya en un proceso anterior seguido entre las partes lo que es objeto del actual procedimiento.

(...)

Ciertamente, en el procedimiento anterior no se ejercitaba la acción de extinción de la adopción, sino la de determinación de la filiación, pero sí se planteó y se discutieron los efectos de tal determinación y, con apoyo en la norma que establece que la determinación de la filiación por naturaleza no afecta a la adopción (art. 180.4 CC), la sentencia dictada por la Audiencia Provincial en el procedimiento de filiación, a instancias de los padres adoptivos, precisó que la determinación de la filiación biológica tenía una eficacia meramente declarativa.

En aplicación del principio de libre investigación de la paternidad, y pese al tenor del art. 113.II CC, el art. 180.4 CC presupone que la constitución de la adopción no impide que después se determine la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado, pero establece que tal determinación “no afecta” a la adopción. Esto es lo que hace constar o aclara la sentencia dictada en el proceso de filiación cuando “deja constancia” de que la declaración que hace de que el niño es hijo del demandante tiene “meramente efectos declarativos”, es decir, que no hace nacer el vínculo jurídico de filiación, de modo que al demandante, padre biológico, ni se le pudo tener por progenitor cuando se constituyó la adopción a efectos del art. 177 CC ni se le debe tener por progenitor después de la determinación de la filiación por naturaleza”.

3.- Intercambio de bebés en el hospital por error. Legitimación de una de las hijas para impugnar la filiación de la otra, que no ha ejercitado acción alguna. STS número 1285/2023 de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2023:3823)

El recurso de casación se plantea en un procedimiento iniciado por el Ministerio Fiscal y en el que se ejercitan de manera acumulada acciones de reclamación e impugnación de filiación respecto de dos jóvenes que fueron intercambiadas por equivocación en el hospital en el que nacieron, de modo que cada una se entregó a los padres de la otra. Después de la presentación de la demanda por el Ministerio Fiscal, las jóvenes alcanzaron la mayoría de edad y una de ellas, Z, a su vez, ha interpuesto demanda para que se declare su filiación respecto de sus padres biológicos, después de que en un previo proceso se declarara que no era hija del varón que quedó determinado registralmente como padre. Esta acción de reclamación de filiación ha sido estimada en las dos instancias. Pero en su demanda también impugnó la filiación que había quedado determinada legalmente en el momento del nacimiento de la otra joven, X. En las dos instancias se ha negado su legitimación activa para el ejercicio de tal acción de impugnación, y es esto lo que impugna la demandante en su recurso de casación.

La Sala desestima el recurso sobre la base de que la demandante/recurrente no ha invocado los preceptos 136 y 137 CC, y 139 CC, sino únicamente el art. 134 CC- que como correctamente han entendido las sentencias de instancia, no ampara la acción de impugnación de la filiación

matrimonial de la joven X por parte de la joven Z-. Se concluye, por la Sala, que para impugnar la paternidad matrimonial, y en los plazos que se establecen, el art. 136 CC legitima al marido y a sus herederos si fallece antes de transcurrir el plazo; y el art. 137 CC legitima al propio hijo que impugna su paternidad, así como a sus herederos si el hijo fallece, lo que no ocurre en el caso.

VII.- LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES. FORMACIÓN DE INVENTARIO. STS número 837/2023 de 29 de mayo ([ECLI:ES:TS:2023:2400](#))

En la formación de inventario para la liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales se discute la inclusión de los bienes y deudas contraídas después de la firma de un convenio privado de separación suscrito por los esposos el 1 de diciembre de 1997. La ex-esposa interesa que se esté a la firmeza de la sentencia de divorcio, dictada el 13 de junio de 2018, fecha que tuvo en cuenta el juzgado para la formación del inventario. La Audiencia Provincial estima la apelación del ex-esposo y excluye del inventario los bienes y deudas posteriores al convenio de separación, y su criterio se confirma por la Sala. La cuestión de fondo, es determinar el momento de la disolución de la sociedad de gananciales, por cuanto el ex esposo mantienen se produjo con la firma del convenio de separación de hecho, y según la ex esposa, lo es con la firmeza de la sentencia de divorcio.

La Sala recuerda su doctrina sobre el particular, en los siguientes términos:

“Sobre el momento de la disolución de la sociedad de gananciales, en la sentencia 297/2019, de 27 de mayo, dijimos:

«A) Conforme al art. 1392.1.º CC, «la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio» y, conforme al art. 95 CC, «la sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial» (en la redacción literal vigente hasta la reforma por la Ley 15/2015, de 2 de julio). «De manera coherente con la idea de que durante la tramitación del proceso matrimonial el régimen económico matrimonial está vigente hasta que se extingue por sentencia firme, el art. 103.4.ª CC (y art. 773 LEC) contempla la posibilidad de que una vez admitida la demanda el juez adopte medidas de administración y disposición sobre los bienes gananciales, incluidos “los que adquieran en lo sucesivo”, lo que presupone que el régimen no se ha extinguido.

»Resulta especialmente relevante que la ley, que contempla como efecto de la admisión de la demanda la revocación de los consentimientos y poderes otorgados (art. 102 CC), no establezca como efecto de la admisión de la demanda la extinción del régimen económico, ni la suspensión del mismo durante la tramitación del procedimiento. La ley tampoco prevé la retroacción de los efectos de la sentencia una vez dictada. «El que una vez admitida a trámite la demanda de divorcio se pueda solicitar la formación de inventario (art. 808 LEC)

solo supone la apertura de un trámite procedimental que tiene carácter cautelar, pues se dirige a determinar y asegurar el caudal partible, como muestra que al final del inventario (que en todo caso debe hacerse conforme a la legislación civil, según reclamen los arts. 806, 807, 808.2, 809.1 LEC), el tribunal resuelve lo procedente sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario (art. 809 LEC). Con ello hay que admitir que si la disolución se produce después que el inventario, podrán incorporarse nuevos bienes gananciales.

»B) La separación de hecho no produce como efecto la disolución del régimen, pero si dura más de un año permite a cualquiera de los cónyuges solicitar su extinción, lo que solo tendrá lugar cuando se dicte la correspondiente resolución judicial (arts. 1393.3.º y 1394 CC).

»C) La jurisprudencia de esta sala ha admitido que cuando media una separación de hecho seria y prolongada en el tiempo no se integran en la comunidad bienes que, conforme a las reglas del régimen económico serían gananciales, en especial cuando se trata de bienes adquiridos con el propio trabajo e industria de cada uno de los cónyuges y sin aportación del otro.

»Esta doctrina, como puso de relieve la sentencia 226/2015, de 6 de mayo, no puede aplicarse de un modo dogmático y absoluto, sino que requiere un análisis de las circunstancias del caso. Es lógico que así sea porque, frente

a los preceptos que establecen que la sociedad de gananciales subsiste a pesar de la separación de hecho (arts. 1393.3.º, 1368 y 1388 CC) solo cabe rechazar la pretensión del cónyuge que reclama derechos sobre los bienes a cuya adquisición no ha contribuido cuando se trate de un ejercicio abusivo del derecho contrario a la buena fe (art. 7 CC).

(...)

CUARTO.- Como resulta de la síntesis expuesta, la jurisprudencia de esta sala parte, como no podía ser de otra manera, de la regulación legal que establece que «la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio» (art. 1392.1.º CC), y que «la sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial» (art. 95 CC). Pero, con la finalidad de evitar el ejercicio abusivo de un derecho contrario a la buena fe conforme al art. 7 CC, que impera en todo el ordenamiento, la sala también ha admitido que cuando media una separación duradera mutuamente consentida procede rechazar pretensiones abusivas de un cónyuge. En particular, la Sala Primera ha admitido que cuando media una separación de hecho seria y prolongada en el tiempo no se integran en la comunidad bienes que, conforme a las reglas del régimen económico serían gananciales, en especial cuando se trata de bienes adquiridos con el propio trabajo e industria de cada uno de los cónyuges y sin aportación del otro.

(...)

»La Audiencia valora la existencia de un documento privado suscrito por las partes el 1 de diciembre de 1997 del que

resulta la voluntad efectiva e inequívoca de ambos esposos de romper la relación conyugal. Naturalmente que mediante un documento privado no puede disolverse el régimen económico matrimonial, para lo que sería necesario el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales en escritura pública, pero ese convenio de separación, que incluía compromisos económicos a cargo del esposo respecto de las hijas comunes, la atribución del uso de la vivienda ganancial, así como el pago de una pensión compensatoria a favor de la esposa, merece ser valorado, como ha hecho la Audiencia, como revelador de una voluntad de separación seria y prolongada en el tiempo de manera mutuamente consentida, lo que permite tomarlo en consideración a la hora de la liquidación de gananciales. Al hacerlo así, la sentencia recurrida no infringe los preceptos invocados por la recurrente ni es contraria a la doctrina de esta sala».